

ANTI-DISKRIMINERING I GATT 1994
- VILKÅRET OM "LIKE PRODUCTS" I ARTIKKEL I OG III



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 612

Leveringsfrist: 25.04.2012

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 16 591 ord

25.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema og avgrensning	1
1.2	Metode og kilder	3
1.3	Språk og terminologi	4
1.4	Fremstillingen videre	5
<u>2</u>	<u>ANTI-DISKRIMINERING</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>BEGREPENE "LIKE PRODUCTS" OG "DIRECTLY COMPETITIVE OR SUBSTITUTABLE"</u>	<u>9</u>
3.1	Introduksjon	9
3.2	Momenter i vurderingen	9
3.3	Like Products	11
3.3.1	Definisjon	11
3.3.2	Konkurranse	11
3.3.3	Ulike standarder	12
3.3.4	Kort om forholdet mellom første og annen setning i artikkel III:2	14
3.4	Directly Competitive or Substitutable	15
3.4.1	Introduksjon	15
3.4.2	Konkurransemessig vurdering	15
3.4.3	Indirekte konkurranse	17
3.5	Oppsummering	18
<u>4</u>	<u>DE TRADISJONELLE VURDERINGSMOMENTENE</u>	<u>19</u>
4.1	Introduksjon	19

4.2	Fysiske egenskaper	19
4.2.1	Introduksjon	19
4.2.2	Råmateriale	20
4.2.3	Presentasjon og merking.	21
4.2.4	Organoleptiske forskjeller	22
4.2.5	Farlige fysiske egenskaper	23
4.2.6	Oppsummering	23
4.3	Sluttbruk og forbrukerpreferanser	23
4.3.1	Introduksjon	23
4.3.2	Markedet	24
4.3.3	Flere funksjoner og formål	24
4.3.4	Tilstrekkelig bevisførsel.	25
4.3.5	Oppsummering	25
4.4	Tariffklassifisering	26
4.4.1	Introduksjon	26
4.4.2	Tilstrekkelig detaljert	27
4.4.3	Internasjonal praksis og enighet	28
4.4.4	Oppsummering	28
<u>5</u>	<u>PRISELASTISITET</u>	<u>29</u>
<u>6</u>	<u>KONKURRANSEFORHOLDET</u>	<u>32</u>
6.1	Generelt	32
6.2	Nærmere om konkurransevurderingen etter artikkel III:2 annen setning	33
6.2.1	Substituerbare produkter	33
6.2.2	Sammenfatning	36
<u>7</u>	<u>HELSE</u>	<u>38</u>
7.1	Asbestos-saken	38
7.1.1	Introduksjon	38
7.1.2	Vurderingen av forbrukerpreferanser	39
7.1.3	Oppsummering	39
7.2	Forholdet til artikkel XX	40

7.3	Kritikk	41
7.3.1	Hypotetisk priselastisitetstest	41
7.3.2	Snudd bevisbyrde og strid med GATTs oppbygning	42
8	<u>PROTEKSJONISTISKE HENSIKTER</u>	43
8.1	Introduksjon	43
8.2	Problemmstilling	44
8.3	Tvisteløsningsorganenes behandling av “aim and effect”	45
8.3.1	Innføring av formålsbegrunnelse	45
8.3.2	Tilbakevisning av formålsbegrunnelse som et relevant moment.	47
8.4	Enkelte problemer	49
8.4.1	Forholdet til artikkel XX og bevisbyrden	49
8.4.2	Implisitt vurdering av proteksjonisme	50
8.5	Bør ”regulatory intent” være en del av likhetsvurderingen?	52
9	<u>PROSESS OG PRODUKSJONSMETODER</u>	54
9.1	Introduksjon	54
9.2	Produktfokus	54
9.3	Påvirkningen på markedet og forbrukerne	56
9.4	Fokus på internasjonal handel i et større perspektiv.	57
9.5	Oppsummering	58
10	<u>AVVEIING AV VILKÅRENE</u>	59
11	<u>AVSLUTNING</u>	61
12	<u>LITTERATURLISTE</u>	62

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og avgrensning

I denne avhandlingen skal jeg analysere hva som ligger i begrepene ”like products” og ”directly competitive or substitutable products” i General Agreement on Tariffs and Trade¹ (GATT) artikkel I og III.²

Stater har ofte interesse – politisk eller økonomisk - i å beskytte innenlandsk produksjon, mens eksportører og eksporterende land ønsker behandling på like vilkår som andre eksportnasjoner så vel som importstatens egne produsenter. WTO-medlemmene har som utgangspunkt regulatorisk suverenitet, men er forpliktet etter artikkel I og III til å gi importerte og nasjonale produkter som er ”like”, eventuelt ”directly competitive or substitutable”, samme behandling uavhengig av opprinnelse. Dermed er sammenligningen av produkters likhet, herunder deres konkurranseforhold og ombyttbarhet, avgjørende for hvilke forpliktelser og begrensninger et medlem er bundet av og dermed hvilken regulering de kan foreta seg, eller sagt på en annen måte: om de kan diskriminere mellom produkter eller ikke.

Viktigheten av vilkåret ”like products”, kombinert med dets vaghet, har gjort at temaet har vært og er omtvistet og diskutert i både teori og i WTO-praksis. ”Like”- og ”directly competitive or substitutable” er ikke definert i GATT-teksten, og avtalen gir ingen veiledning for hvor like eller hvor mye konkurranse som kreves og hvilke momenter som er relevante i likhetsvurderingen eller hvordan momentene skal avveies: For

¹ General Agreement on Tariffs and trade trådte i kraft 1.januar 1948

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf

General Agreement on Tariffs and Trade 1994, trådte i kraft 1.januar 1995.

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf.

² Bestemmelsene ble videreført fra GATT 1947 til GATT 1994. Heretter kun ”GATT”.

eksempel gir ikke teksten svar på om man skal legge vekt på momenter som produktenes fysiske egenskaper for å finne ut om de er "like products", eller om en stats hensikt med et omtvistet tiltak, eller hvordan forbrukerne faktisk forholder seg til produktene som konkurrerende produkter. Dette er kun noen av problemstillingene som knytter seg til tolkningen av innholdet i begrepene.

Fordi teksten ikke gir noen direkte svar på hvordan man skal tolke, har det har vært opp til tvisteløsningsorganene å klarlegge det nærmere innholdet for likhetsanalysen. Både handelspolitiske interesser og det at tvistene skal løses konkret i de enkelte tvister³ har ført til at tvisteløsningsorganene ikke har kartlagt innholdet i begrepene presist. Tvisteløsningsorganene avviker også av og til fra sin tidligere praksis og utfallene kan virke noe vilkårlige. Som vi skal se i denne oppgaven kan det virke som de har vært noe inkonsekvente i sin analyse og vektlegging og bruk av momenter: Hvorfor er for eksempel mild- og ubrent kaffe "like products", mens forskjellige typer tømmer ble ansett som ulike produkter, og hvorfor ble vodka og den japanske spriten shochu ansett som "like products", mens det motsatte ble resultatet for øl med ulik alkoholprosent? Hvorfor er bygningsmateriale med og uten asbest ulike produkter, og hvorfor kan ikke en stat forskjellsbehandle mellom tunfisk fanget med og uten farlige redskaper, selv om det er begrunnet ut ifra miljø- og dyrevernhensyn?

"Like"- og "directly competitive or substitutable" produkter benyttes flere steder i WTO-avtalene, men jeg skal av hensyn til oppgavens omfang holde meg til de to begrepene i artikkel I og artikkel III, som er de to hovedbestemmelsene om anti-diskriminering i GATT. Noen av de første sakene om "like products" var tvister knyttet til artikkel I og satte dermed standarden for tolkningen av begrepet i artikkel III. I dag er det mest praksis knyttet til artikkel III og hoveddelen av oppgaven vil derfor være knyttet til denne bestemmelsen.

³ Denne metoden refereres til som "case-by-case" av tvisteløsningsorganene, se blant annet EC- Asbestos avs. 101.

1.2 Metode og kilder

I denne oppgaven anvendes alminnelig rettsdogmatisk metode. Oppgaven problematiserer artikler i GATT, som er en folkerettslig avtale, og jeg bruker derfor folkerettslig metode generelt og tvisteløsningsregimet i Verdens handelsorganisasjon (WTO)⁴ spesifikt. Dette innebærer blant annet større fokus på avtalens ordlyd og lite fokus på forarbeider sammenliknet med hva vi er vant med fra norsk rettskildelære.

Da WTO ble opprettet i 1994 var det en pakkeløsning som inneholdt blant annet GATT og Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)⁵. Sistnevnte er en avtale vedrørende tvisteløsning innenfor WTO. Når medlemmer binder seg til WTO, binder de seg derfor også til tvisteløsningsprosessen som er angitt i DSU.

Tvister og uenigheter blant medlemslandene behandles av paneler og Ankeorganet^{6 7}, som vi kan si utgjør første og andre instans i WTOs tvisteløsningsapparat, og resulterer i såkalte rapporter. Tvisteløsningsorganene er ikke formelt bundet av tidligere rapporter, men Ankeorganet har uttalt at det forventer at paneler følger tidligere rapporter fra Ankeorganet ved tolkning av samme juridiske problemstillinger.⁸ Som vi skal se i oppgaven har paneler og Ankeorganet av og til vært inkonsekvente i sin tolkning av ”like products”. I hovedsak vil jeg forholde meg til rapporter fra Ankeorganet, men vil vise til panelrapporter der hvor tvisten ikke har gått til Ankeorganet, hvor Ankeorganet og panelet har kommet til ulike resultater, eller hvor begrunnelsen er gitt av panelet og Ankeorganet viser tilbake til de begrunnelsene. Dersom ikke annet er angitt, kan det legges til grunn at jeg refererer til Ankeorganet når det skrives om konkrete rapporter

⁴ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. (Heretter “WTO”).

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

⁵ Understanding On Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Heretter “DSU”)

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf

⁶ DSU artikkel 3.2, artikkel 6 og artikkel 17.

⁷ Tvisteløsningsorganene refereres normalt til som Ankeorganet (både om organet og ift. konkrete saker, panel (om organet generelt) og Panelet (om konkrete panel). Grunnen er at Ankeorganet er et fast organ, mens panelene settes sammen for hver sak. Se DSU artikkel 6 og 17.

⁸ Se US – Stainless Steel.

og tvister. GATT 1994 viderefører Artikkel I og III fra GATT 1947 slik at rapporter før 1994 også er relevant i analysen. Under GATT 1947 hadde ikke tvisteløsningssystemet den to-instansordningen som benyttes i dag, slik at alle rapporter derfor er panelrapporter.⁹

Tvisteløsningsorganene skal "clarify the provisions of GATT 1994" i samsvar med "customary rules of interpretation of public international law"¹⁰. Ankeorganet¹¹ har lagt til grunn at disse finnes i Wien-konvensjonen om traktatretten.¹² Bestemmelsene i GATT tolkes derfor i samsvar med Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32. Etter disse er utgangspunktet for tolkningen en naturlig språklig forståelse av ordlyden, og bestemmelsene skal også tolkes i lys av deres "object and purpose".

GATT-avtalen og rapportene fra tvisteløsningsorganene, inkludert det materiale tvisteløsningsorganene selv bygger på, blir dermed viktig kilder i denne oppgaven.

1.3 Språk og terminologi

GATT er autentisk i sin engelske, spanske og franske versjon¹³. Hovedsakelig benyttes den engelske versjonen av tvisteløsningsorganene i WTO og i juridisk litteratur. Derfor kommer engelske termer fra både GATT-avtalen, tvisteløsningsorganene og teorien til å bli brukt mye gjennom oppgaven. Det er også begrepene "like products" og "directly competitive or substitutable" tvisteløsningsorganene har vurdert og analysert, og jeg velger derfor i stor grad å holde meg til den terminologien. Noe overlapp mellom begrepene, for eksempel av "varer" og "produkter"¹⁴, vil forekomme i oppgaven uten at det vil utgjøre en innholdsmessig forskjell.

⁹ World Trade Organization, Legal Affairs: "A Handbook on The WTO Dispute Settlement System" (2004), side 12 flg.

¹⁰ DSU artikkel 3.2

¹¹ Se blant annet US – Gasoline side 17 og Japan – Taxes on Alcoholic Beverages II, side 10.

¹² Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23.mai 1969 (Heretter "Wien-konvensjonen")

¹³ GATT 1994 artikkel 2 (c)(i). Oversatt til norsk i St.prp 65 (1993-94) vedlegg 2.

¹⁴ Den norske versjonen (som ikke er en offisiell versjon) bruker uttrykket "varer", mens den engelske bruker uttrykket "products".

1.4 Fremstillingen videre

Jeg vil først gi en kort redegjørelse for anti-diskriminering i GATT og si noe innholdet i artikkel I og III, før jeg deretter går inn på analysen og de konkrete tolkningsmomentene av "like products" og "directly competitive or substitutable products". Til slutt vil jeg si noe om avveining og vektlegging av momentene.

2 Anti-diskriminering

Anti-diskriminering er en av de viktigste målsettingene i WTO-sammenheng og i forordene til WTO-avtalen og GATT nevnes eliminering av diskriminerende behandling som et av hovedmålene med avtalene, blant annet for å oppnå og utvikle ”the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods.”¹⁵ Diskrimineringsforbudet skal sikre gjensidighet i forpliktelsene for WTO-medlemmene.¹⁶

Essensen av ikke-diskrimineringsprinsippet er at produkter skal behandles likt - uavhengig av opprinnelse.¹⁷ To av de viktigste bestemmelsene i GATT som skal sikre anti-diskriminering er artikkel I og artikkel III.¹⁸ Artikkel I garanterer medlemslandene bestevilkårsbehandling. Artikkel III regulerer nasjonal behandling av produkter og forbyr intern beskatning og regulering som favoriserer egen produksjon.¹⁹

Bestevilkårsprinsippet i artikkel I ligger som et bakteppe for resten av GATT-bestemmelsene. Bestemmelsen skal sikre at de vilkår med hensyn til toll og avgifter, eller andre handelsbetingelser, som tilstår ett land, også må gjøres gjeldende for de andre medlemslandene uten å diskriminere eller gi fordeler til tilsvarende produkter fra et annet land. Artikkelen gjelder både før og etter at en vare passerer grensen. Den relevante delen av artikkel I, for denne oppgavens vedkommende, lyder som følger:

Article I General Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting

¹⁵ Forordene i GATT-teksten.

¹⁶ Fauchald (1998) side 47.

¹⁷ EC – Bananas III, avs. 190

¹⁸ Bossche (2008), side 321.

¹⁹ Henholdsvis ”Most-Favoured-Nation” (MFN) og ”National Treatment” i den engelske versjonen.

party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the *like product* originating in or destined for the territories of all other contracting parties. (Mine uthevinger).

I motsetning til artikkel I, regulerer artikkel III kun den nasjonale behandlingen etter produktene har passert et lands grense. Importerte produkter skal ikke gis mindre gunstig behandling og betingelser enn hva som gis tilsvarende innenlandske varer når det gjelder skatt, avgifter, lover, forskrifter, krav og andre nasjonale reguleringer.^{20 21} De relevante deler av bestemmelsen, for denne oppgavens vedkommende, lyder som følger:

Article III National Treatment on Internal Taxation and Regulation

1. The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, *should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production*.

2. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind *in excess of* those applied, directly or indirectly, to *like domestic products*. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner *contrary to the principles set forth in paragraph 1*.

4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded *treatment no less favourable* than that accorded to *like products* of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic

²⁰ St.prp. nr. 65 (1993-94)

²¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/handelspolitikk/wto/kort-om-wto/wtos-grunnprinsipper-og-funksjoner.html?id=270596>,

operation of the means of transport and not on the nationality of the product. (Mine uthevinger)

Ad Article III:2 Paragraph 2

A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a *directly competitive or substitutable product* which was not similarly taxed. (Mine uthevinger)

Første ledd inneholder det generelle prinsippet at om tiltak ikke skal anvendes på en måte som beskytter nasjonale produkter, og er en guide for forståelsen og tolkningen av resten av forpliktelsene i artikkel III.²² Annet ledd og fjerde regulerer de mer spesifikke forpliktelser for nasjonal behandling for henholdsvis skatt og avgifter, i annet ledd, og annen ikke-fiskale reguleringer, i fjerde ledd.

Konseptet ”likhet” i de ulike GATT-bestemmelsene fungerer som et element i målsetningen om anti-diskriminering i den internasjonale handelen.²³

²² Se Japan- Alcoholic Beverages II side 18.

²³ Choi (2003) s. 93.

3 Begrepene "Like Products" og "Directly Competitive or Substitutable"

3.1 Introduksjon

Essensen i artikkel I og III er at "like", eller "directly competitive or substitutable", importerte produkter ikke skal behandles mindre gunstig enn nasjonale produkter. "Like" og "directly competitive or substitutable" er sentrale (men ikke de eneste) vilkår for å konstatere brudd på artikkel I og III. Likhet indikerer at to produkter er konkurrerende og graden av konkurranse vil avgjøre hvilke økonomiske konsekvenser forskjellsbehandlingen vil ha for det mindre begunstigede produktet.²⁴ Lest ut i fra bestemmelsene kan vi se at det er kun produktene som er "like" etter første setning at enhver forskjell i skatt ikke vil være tillatt, jf. ordlyden "in excess of". Dersom produktene er "competitive or substitutable" derimot, kan man akseptere en viss forskjell i skatt, jf. ordene "not similarly taxed" i den forklarende noten. Nasjonale reguleringer etter fjerde ledd kan ikke gjøres på en måte som er "less favourably".

Likevel inneholder ikke ordlyden i seg selv noen definisjon eller angivelse av hvilke momenter man skal ta med i betraktning. Problemstillingen blir derfor å kartlegge nærmere hva som ligger i disse begrepene.

3.2 Momenter i vurderingen

Som nevnt inneholder ikke ordlyden en definisjon at begrepet "like products". I Report of the Working Party on *Border Tax Adjustment*²⁵ fra 1970-tallet sa Working Party at tolkningen av likhet må vurderes fra sak til sak slik at man får en rettferdig vurdering av de ulike elementene som avgjør hva som utgjør "like products". Tre vilkår ble foreslått som veiledning til vurderingen: produktets egenskaper, art og kvalitet²⁶; et produkts sluttbruk i et gitt marked; samt forbrukeres preferanser og vaner. De to siste vilkårene vil variere fra land til land.²⁷ Et fjerde kriterium, tariffklassifikasjon, har blitt lagt til og

²⁴ Hudec (Requiem) side 11.

²⁵ Working Party Report, Border Tax Adjustments, adopted 2 December 1970, BISD 18S/97 (Heretter: "Border Tax Adjustments")

²⁶ I enkelte rapporter referert til som "fysiske karakteristika".

²⁷ Border Tax Adjustment, avs. 18.

brukt av tvisteløsningsorganene senere.²⁸ Videre skal Tvisteløsningsorganene i vurderingen av om produkter er like, bruke sin dømmekraft etter beste evne i, og dette vil dermed alltid inneholde et uunngåelig element av individuelt skjønn²⁹.

De fire veiledende momentene er blitt brukt som tolkningsutgangspunkt av tvisteløsningsorganene siden,³⁰ og benyttes i vurderingen under både artikkel I:1, III:2 første og annen setning og III:4.³¹ Kriteriene er verken uttømmende, eller i et hierarkisk forhold til hverandre³², men er ment som et hjelpeverktøy i analysen der alle relevante bevis skal tas med i vurderingen av konkurranseforholdet mellom produktene.³³ Enkelte vurderingstemaer og bevis kan falle inn under flere av kriteriene, som til dels er overlappende.³⁴

Jeg skal nå gå litt nærmere inn på tolkningen av de to begrepene ”like products” og directly competitive or substitutable”. Deretter vil jeg gå nærmere inn på konkrete vurderingsmomenter som har blitt, og blir, brukt av tvisteløsningsorganene. Hvilke momenter som brukes vil avhenge av produktene som sammenlignes og hvilke momenter som er relevante avgjøres fra sak til sak. Fremstillingen er ikke en uttømmende liste av de momenter og undermomenter som er blitt benyttet av tvisteløsningsorganene, men tar for seg enkelte generelle trekk ved vurderingene som tvisteløsningsorganene har gjort.

²⁸ Se blant annet EEC – Animal Feed Proteins avs. 4.2 og Japan – Alcoholic Beverages II side 21.

²⁹ Japan – Alcoholic Beverages II, side 22

³⁰ Blant annet i AB Japan – Alcoholic Beverages side 20

³¹ Se Body Report, EC- Asbestos, avs. 101.

³² Se Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 119..

³³ Se Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 119.

³⁴ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 131

3.3 Like Products

3.3.1 Definisjon

Bestemmelsene taler om "like products". Ut i fra en ordlydstolkning trenger derfor ikke produktene være identiske, men ordlyden gir ingen avklaring på hvilken grad av likhet som kreves, eller for eksempel om det også omfatter produkter som er produsert likt og har samme bruksområde, men som er fysisk ulike.

I *EC – Asbestos* uttalte ankeorganet at "like products" er produkter som deler flere identiske eller lignende ("similar") karakteristikk. Videre uttalte de at "similar" som synonym til "like" gjenspeiler den franske og den spanske versjonen, begge autentiske versjoner, av artikkel III:4 som henholdsvis taler om "produits similaires" og "productos similares". Ordboksforståelsen av likhet ga Ankeorganet minimal veiledning, siden det ikke sier noe om hvilke karakteristika som er viktig i vurderingen.³⁵

3.3.2 Konkurransen

Hovedformålet bak artikkel III er å unngå proteksjonisme ved anvendelsen av interne skatter og administrative regulerende tiltak. Dette kan blant annet leses ut fra artikkel III:1, hvor det heter at formålet med artikkel III er å sikre at interne tiltak ikke blir anvendt på importerte og nasjonale produkter for å beskytte nasjonal produksjon. Medlemmene skal derfor sørge for like konkurransevilkår for importerte som for nasjonale produkter.³⁶ Ankeorganet i *EC- Asbestos* uttalte at en vurdering av "likhet" er derfor hovedsakelig en vurdering av arten og utstrekningen av konkurranseforholdet mellom produktene.³⁷ Ankeorganet konstaterte at det er ulike grader av konkurranse i markedet, men sa ikke noe mer om hvor mye konkurranse som skal kreves, men det måtte være klart at ikke alle produkter som står i konkurranse med hverandre vil falle inn under "like products" i artikkel III:4.³⁸ Man må her, som i de andre leddene, falle

³⁵ *EC- Asbestos*, avs. 89-92

³⁶ *Se Japan – Alcoholic Beverages II*.

³⁷ *EC – Asbestos*, avs. 99.

³⁸ *EC – Asbestos*, avs. 99 og 103.

tilbake på en konkret vurdering fra sak til sak når man vurderer det konkurransemessige forholdet.

3.3.3 Ulike standarder

”Like products” benyttes i flere bestemmelser, og Ankeorganet har uttalt at begrepet har ulikt innhold og omfang i de ulike bestemmelsene i WTO-avtalene.³⁹ Artikkel III:2 skiller for eksempel mellom produkter som er ”like” og ”directly competitive or substitutable”. Tolkningen av ”like products” i både første, annet og fjerde ledd påvirkes av denne todelingen.

Ut i fra en ordlystolkning skal ”like products” i første setning, på grunn av denne todelingen, tolkes snevert for ikke å fange opp de tilfellene som er ment å gå klar av første setning. Dette er også presisert av Ankeorganet⁴⁰, men de sier likevel ikke noe mer om hva snevert vil innebære.

Artikkel III:4 skiller ikke mellom produktkategorier slik som annet ledd gjør. Ut i fra ordlyden og leddene sett i sammenheng bør derfor ”like products” tolkes videre her enn etter samme begrep i første ledd første setning, men ikke så vidt som ”competitive or substitutable” i og med at en slik standard ikke finnes i artikkel III:4⁴¹.

Artikkel I gjelder både for interne- så vel som grensetiltak, og en mulighet er derfor at likhetsvurderingen i artikkel I:1 blir forskjellig avhengig av hvilken av disse det er snakk om.⁴² En mulig standard å tillegge ”like products” etter denne bestemmelsen er at når tvisten dreier seg om interne tiltak burde standarden for tolkningen av ”like products” etter artikkel I være parallell til tolkningen av likhet i de respektive korresponderende leddene i artikkel III.⁴³ På den annen side er det ingenting i ordlyden

³⁹ Se Japan – Alcoholic Beverages II

⁴⁰ Se Japan- Alcoholic Beverages II.

⁴¹ Bekreftet av tvisteløsningsorganene, blant annet i EC - Asbestos, avs.94-95.

⁴² Hudec (2000), side 7.

⁴³ Choi (2003) side 114.

som tilsier at ”like products” bør tolkes så vidt som å omfatte ”directly competitive or substitutable” produktkategorier, fordi denne termen ikke brukes i artikkel 1, slik den eksplisitt er gjort i artikkel III:2.⁴⁴

Hvor bredt eller snevert man bør tolke ”like products” i artikkel I (og for så vidt artikkel III) preges også av handelspolitiske hensyn: I *Japan-SPF Lumber*, som gjaldt reklassifisering av tømmer, hevdet Japan at ”like” skulle tolkes slik at det ekskluderte det ene omtvistede tømmerproduktet, ellers kunne underklassifiseringer bli brukt til å undergrave fremforhandlede tariffkonsesjoner. Å tvinge Japan til å gi samme behandling for en type tømmer som det ikke er forhandlet om, som for en type tømmer det er forhandlet om, vil kunne føre til at etterfølgende GATT-forhandlinger og tariff ikke er like attraktivt.⁴⁵

I juridisk teori⁴⁶ er at argument for å tolke artikkel 1 snevert at det i motsatt tilfelle kan tvinge medlemmer til å utvide fordelene ved tariffkonsesjoner til et stort mangfold av produkter uten en tilsvarende gjensidighet. Dette free-rider problemet kan hindre handelsliberalisering fordi medlemmene kan bli motvillige eller redusere deres egne tilbud når man står ovenfor multinasjonale forhandlingsrunder.⁴⁷

På den annen side kan ikke et land pålegge forskjellige avgifter ved pårope seg ulik klassifikasjon dersom to produkter er klassifisert som ”like”. Dette skyldes at dersom medlemmene har frihet og diskresjon når det gjelder tariffklassifisering, er de allikevel begrenset av betingelsforpliktelsen i artikkel I, som også skal sikre forhandlingsfordeler og forhindre diskriminerende handelsmønstre fra å utvikle seg. En standard som ikke er altfor snever vil derfor kunne bedre effektiviteten av bestemmelsen ved å gi et viss spillerom.⁴⁸

⁴⁴ Choi (2003), side 100.

⁴⁵ Japan - SPF Lumber, avs. 3.20

⁴⁶ Choi (2003)

⁴⁷ Choi (2003), side 96.

⁴⁸ Choi (2003) side 96.

En for snever tolkning av likhet i artikkel I kan, i følge Choi, være uheldig for "like products" fordi da vil enhver forandring, uansett hvor liten eller ubetydelig, av et produkts karakteristikk kunne rettferdiggjøre ulik behandling som kan røkke ved de normale konkurranseforhold mellom de aktuelle produktene.⁴⁹

En løsning kan derfor være å tolke "like products" i artikkel I slik at det omfatter bredere produktgrupper enn de produkter som er identiske eller veldig like,⁵⁰ men ikke for bredt slik at man nærmere seg "directly competitive or substitutable".⁵¹

Hvor snevert eller bredt "like products" faktisk blir tolket, er i siste omgang opp til tvisteløsningsorganene.

3.3.4 Kort om forholdet mellom første og annen setning i artikkel III:2

Ankeorganet har uttalt at "like products" er en undergruppe av "directly competitive or substitutable" produkter.⁵² Som en konsekvens vil produkter som er "perfectly substitutable" gå inn under artikkel III:2, første setning, mens "imperfectly substitutable" produkter vil kunne vurderes under andre setning i samme artikkel.⁵³ I en nylig avsagt rapport av Ankeorganet ble dette tolket slik at det ikke betyr at kun produkter som er "perfectly substitutable" vil falle inn under første setning. Ankeorganet mener at dette vil føre til en altfor snever tolkning som i praksis vil redusere vurderingen til identiske produkter. Isteden må det heller forstås slik at produkter som er nært opp til "perfectly substitutable" kan være like produkter, mens produkter som i mindre grad konkurrerer med hverandre vil falle inn under artikkel

⁴⁹ Choi (2003) side 96.

⁵⁰ Choi (2003) side 96

⁵¹ Choi foreslår standarden "remotely similar" for "like products" i artikkel I. Han finner støtte for dette "forarbeidene" til GATT, fordi han der mener det finnes klare indikasjoner på advarsler mot en for bred tolkning. Videre mener han at denne forståelsen vil støtte opp om GATT sin *sine qua non*-funksjon og for å fungere som en sjekk mot mulig mislighold av medlemmers diskresjon i tariffklassifisering. Cho (2003) side 97.

⁵² Korea – Alcoholic Beverages, avs. 118.

⁵³ Canada – Periodicals, side 28

III:2, andre setning. I så måte vil likhetsvurderingen under artikkel III:2, første setning kreve mer enn kun betydelig konkurranse.⁵⁴ I *Philippines*-saken ble de nasjonale produktene laget, produsert og presentert for forbrukerne på en slik måte at de i størst mulig grad skulle etterligne de importerte produktene. Det var derfor høy grad av markeds konkurranse, og produktene kunne anses å være nært opp til ”perfectly substitutable”.⁵⁵

3.4 Directly Competitive or Substitutable

3.4.1 Introduksjon

Artikkel III:2 annen setning sier at forskjellige skatter basert på produktdistinksjoner mellom produkter som ikke er ”like”, men ”directly competitive or substitutable”, også er ugyldige dersom skatten fører til beskyttelse av nasjonal produksjon. Begrepet ”directly competitive or substitutable” er derfor noe annet enn ”like products”. I henhold til den forklarende noten til artikkel III:2 annen setning jf første ledd foreligger det et brudd på bestemmelsen når de konkurrerende eller ombyttelige produktene står i et tilstrekkelig konkurranse forhold og ikke er “similarly taxed” ”so as to afford protection” Med andre ord står konkurransen i fokus etter denne bestemmelsen.

Ordlyden taler om ”directly competitive *or* substitutable”. Hvilken betydning dette får for vurderingen beskrives i kapittel 6.2.

3.4.2 Konkurransemessig vurdering

Utgangspunktet for vurderingen av om produkter vil kunne beskrives som ”directly competitive or substitutable” er om produktene står i et konkurranseforhold i markedet.⁵⁶ I denne vurderingen benyttes, som under ”like products”, de samme

⁵⁴ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 149 og 181.

⁵⁵ Philippines – Taxes on Distilled Spirits avs. 149.

⁵⁶ Se blant annet Korea – Alcoholic Beverages, avs. 114, 128-134.

momentene fra *Border Tax Adjustments*, som nevnt i kapittel 3.2. Siden vurderingen her dreier seg om konkurrerende produkter og ikke ”like” produkter, er momentene forbrukerpreferanser og sluttbruk særlig relevant. Om forbrukere faktisk anser to produkter for å ha felles sluttbruk, og hvilke preferanser de har når det gjelder produktene, vil kunne ha stor innvirkning på markedet og om to produkter reelt er i konkurranse med hverandre.⁵⁷ I *Korea – Alcoholic Beverages* uttalte Ankeorganet at produkter er ”competitive” eller ”substitutable” når de er utskiftbare eller tilbyr alternative måter å tilfredsstille et bestemt behov eller smak for forbrukeren.⁵⁸ I *Chile – Alcoholic Beverages* ble den lokale drikken ”pisco” ansett for å være ”directly competitive or substitutable” med importert whisky på bakgrunn av at de delte vanlige karakteristikk som tilfredsstilte tilsvarende behov.

Den nødvendige grad av konkurranse er oppnådd når produktene har en høy, men ikke perfekt grad av ”substitutability”⁵⁹ I *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, uttalte Ankeorganet at en vurdering av om konkurransen er tilstrekkelig direkte (”sufficiently direct”) vil være en hensiktsmessig standard å benytte.⁶⁰

Ankeorganet i *Korea-saken* uttalte at begrepet ”direkte” tilsier at det må være en viss grad av nærhet i konkurranseforholdet mellom de importerte og de nasjonale produktene, uten at det er til hinder for å vurdere *latent* etterspørsel og konkurranse.⁶¹ En slik dynamisk tilnærming vil sikre og beskytte forventningen om like konkurransevilkår også i fremtiden. Formålet bak artikkel III tilsier, i følge Ankeorganet, at området for ”directly competitive or substitutable” ikke bare kan være ment for situasjoner hvor forbrukere *allerede* anser produktene som alternative. Formålet bak artikkel III:2 kunne da lett bli omgått gjennom proteksjonistiske avgifter, noe som bestemmelsen tar sikte på å forby.⁶²

⁵⁷ Se blant annet *EC – Asbestos* og *Japan – Alcoholic Beverages*.

⁵⁸ *Korea – Alcoholic Beverages*, avs. 115.

⁵⁹ *Canada – Periodicals*, side 28.

⁶⁰ *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, avs. 205.

⁶¹ *Korea – Alcoholic Beverages*, avs. 115 -116.

⁶² *Korea – Alcoholic Beverages*, avs. 120.

3.4.3 Indirekte konkurranse

Teksten i den forklarende noten til artikkel III bruker ordet ”directly”. Et spørsmål som da oppstår er hvorvidt det finnes produkter som kan være ”*indirectly competitive or substitutable*”, og om disse i så tilfelle er unntatt.

Bestemmelsen bruker eksplisitt ”directly” umiddelbart før ”competitive or substitutable”. Etter en ordlydstolkning må derfor hensikten være å ekskludere produkter som kun indirekte er i konkurranse eller er indirekte ombyttelige. Hadde motsatt vært tilfelle ville artikkel III:2 (som allerede favner adskillig videre enn ”like products” i artikkel I og III:4), favnet altfor vidt. På et vis kan man si at alle produkter er i en viss konkurranse med hverandre; fordi forbrukere velger bort enkelte ting ved å kjøpe andre.⁶³ Som eksempel never Panelet i *Chile – Alcoholic Beverages* at dersom en forbruker velger, eller må, kjøpe ny bil, velger vedkommende også muligens bort å kjøpe en ny tv, sko osv fordi man kun har en viss inntekt å rutte med.⁶⁴ Dette går også over i krysspriselasitetstesten, som jeg kommer tilbake til i kapittel 5, fordi dersom prisen på et produkt går opp, for eksempel en treningsmaskin, kan det være at forbrukerne istedenfor velger å kjøpe mer av mat med færre kalorier for å oppnå det samme. Dette betyr ikke at produktene er i direkte konkurranse med hverandre, men forbrukerne vil muligens vurdere det som alternative måter å tilfredsstille et bestemt behov eller smak på.⁶⁵ I *EC - Asbestos*, som riktignok handlet om artikkel III:4, presiserte Ankeorganet at når en forbruker kjøper et bestemt produkt er det nettopp for å tilfredsstille et bestemt formål, behov eller smak.⁶⁶

Videre kan et produkt ha flere funksjoner, og for hver funksjon kan det ha konkurrerende produkter eller produkter som kan fungere som substitutter. Dersom et produkt med to funksjoner, og hver av funksjonene i seg selv kan være dominant nok grunn til å kjøpe produktet, kan man si at to ”substitutable” produkter (én for hver funksjon) indirekte er i konkurranse med hverandre, fordi de indirekte er relatert til

⁶³ Choi (2003)

⁶⁴ Se Panel report, *Korea - Alcoholic Beverages* avs. 10.40

⁶⁵ Choi (2003) side 14.

⁶⁶ Choi (2003) side 182 (footnote 12 i kapittel II)

hverandre gjennom ”hovedproduktet”. Men selv om dette hovedproduktet er substitutt for begge de to andre produktene kan ikke disse sies å være ”directly competitive or substitutable”.⁶⁷

3.5 Oppsummering

Utgangspunktet for tolkningen av ”like products” og ”directly competitive or substitutable” products” vil ofte være de tradisjonelle tolkningsmomentene angitt i *Border Tax Adjustments*. I tillegg skal alle relevante bevis tas med i vurderingen. For begge produktkategorier vil konkurranse i markedet være sentralt. Siden sistnevnte produktkategori hovedsakelig dreier seg om en ren konkurransevurdering, vil en vurdering av sluttbruk og forbrukerpreferanser være særlig relevant i den vurderingen fordi det særlig belyser produkters substituerbarhet.

Videre skal ”like products” tolkes snevrere i artikkel III:2 enn i artikkel III:4.

Produktkategorien ”directly competitive or substitutable” dekker produkter som i stor grad er utskiftbare eller på alternative måter kan tilfredsstille ulike behov eller smaker og avgrenses mot produkter som kun er i indirekte konkurranse med hverandre.

⁶⁷ Choi (2003) side 15.

4 De tradisjonelle vurderingsmomentene

4.1 Introduksjon

De momentene tvisteløsningsorganene tar utgangspunkt i er fysiske egenskaper; et produkts sluttbruk i et gitt marked; forbrukeres preferanser og vaner; og tariffklassifisering.⁶⁸ Jeg vil nå gå nærmere inn på disse for så å se på andre relevante momenter og vurderinger som har blitt lagt til grunn i vurderingen av hvilke produkter som skal anses som "like" eller "directly competitive or substitutable".

4.2 Fysiske egenskaper

4.2.1 Introduksjon

I vurderingen av likhet har tvisteløsningsorganene ofte tatt utgangspunkt i en sammenligning av produkters egenskaper, art og kvalitet.⁶⁹ Dette momentet blir også referert til som produkters fysiske egenskaper.⁷⁰

Ankeorganet har uttalt at i de tilfeller hvor bevisene tilsier at produktene er fysisk svært ulike, og dermed indikerer at produktene ikke er "like", vil det være en høyere bevisbyrde for den klagende part å etablere likhet under de andre kriteriene for å bevise at produktene er "like" og står i et konkurranseforhold.⁷¹

Ankeorganet har uttalt at der produkter har svært like fysiske karakteristikker trenger imidlertid ikke føre til at produktene er "like" dersom produktenes konkurranse eller ombyttelighet er lav, og motsatt; produkter som har visse fysiske forskjeller kan likevel være "like" hvis de fysiske forskjellene har begrenset innflytelse på det konkurransemessige forholdet mellom produktene.⁷²

⁶⁸ Japan–Alcoholic Beverages II, side 20.

⁶⁹ Se blant annet Philippines – Taxes on Distilled Spirits, side 46.

⁷⁰ Se blant annet Korea – Alcoholic Beverages, avs. 92 og Philippines – Taxes on Distilled Spirits avs. 46.

⁷¹ EC – Asbestos, avs. 118.

⁷² Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 120.

Et produkts fysiske egenskaper kan påvirke hvordan produktet kan bli brukt, forbrukers holdninger til produktet og tariffklassifikasjon. Ankeorganet har uttalt at en utførlig analyse av et produkts fysiske egenskaper derfor er viktig.⁷³

Spørsmålet blir derfor hvilke egenskaper produktene må ha for å etablere en presumpsjon om likhet, og hvilke egenskaper som er irrelevante.

4.2.2 Råmateriale

Hvilket råmateriale et produkt er laget av er et moment i vurderingen av hvor like to produkter er, fordi det vil kunne skille produkter fysisk fra hverandre.

Dette er i tråd med begrunnelsen i *Japan –Alcoholic Beverages I og II*. Det at den lokale japanske drikken shochu og vodka begge var hvite/klare sprittyper og laget av lignede råmateriale var en indikasjon på at de var ”like products”. Det at de hadde lik sluttbruk fordi forbrukere kan anse alkoholdrikker som alternative måter å tilfredsstille et behov på og dermed var i konkurranse, veide likevel tyngre.

I *Philippines*-saken presiserte Ankeorganet at det er sluttproduktet som er det viktigste og ikke hvilke materialer som brukes underveis for å nå dette produktet. I denne saken uttalte Ankeorganet at artikkel III taler om ”like products” og ikke råmateriale, og kom dermed fram til følgende: Det at spritproduktene var laget av ulikt råmateriale, hadde ikke betydning for vurderingen, så lenge det ikke utgjorde fundamentale endringer for konkurransen for sluttproduktene. Ankeorganet kom derfor til at selv om produktene er laget av ulikt råmateriale, og dermed kan ha noen ulike fysiske forskjeller som ikke er eliminert i produksjonsprosessene, kan de være i et tilstrekkelig nært konkurranseforhold til å bli kategorisert som ”like products” (her i artikkel III:2).⁷⁴

⁷³ EC - Asbestos, avs.111.

⁷⁴ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 125.

I *EC - Asbestos* kom Ankeorganet til at byggematerialer som tilsynelatende ser like ut likevel ikke var å anse som ”like products”: Byggemateriale som inneholdt kreftfremkallende stoffer var fysisk forskjellige fra byggemateriale som ikke inneholdt slike stoffer.

Oppsummert vil råmateriale og et produkts fysiske oppbygning være relevante i likhetsanalysen, men sluttproduktenes konkurranseforhold vil veie tyngre.

4.2.3 Presentasjon og merking.

Hvordan produktene blir presentert og merket (etiketter) har ikke kun betydning under vurderingen av forbrukernes smak, vaner og oppfatning, men er like mye en vurdering av produktets fysiske egenskaper og likhet, konstaterte Ankeorganet i *Philippines - Distilled Spirits*⁷⁵.

Ankeorganet kom i sistnevnte sak frem til at selv om det var fortsatt var noen ulikheter blant de importerte og de nasjonale spritproduktene, var presentasjonen av disse produktene på markedene i forhold til utseende og etiketter så like at det støttet opp under konklusjonen om ”like products”. I denne vurderingen la ankeorganet vekt på at selv om Filippinene hevdet at de nasjonale og importerte produktene var ”unlike”, ble det lagt ned mye innsats for å sørge for at nasjonale produktene i størst mulig grad lignet de importerte produktene, i alt fra produksjonsprosess til salg, slik at forskjellene i all hovedsak var utvisket slik at forbrukerne ikke kunne skille produktene fra hverandre.⁷⁶

Med andre ord: Hvis produktene ser utseendemessig like ut, og blir oppfattet slik i forhold til presentasjon, merking og emballasje, er dette et relevant moment i vurderingen av hvor like man skal anse produktene for å være. Dette kan tolkes slik at det også er rom for vurdering av en mer overfladisk likhet av hvordan to produkter ser

⁷⁵ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs.128

⁷⁶ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 128.

ut, i motsetning til hvordan et produkt for eksempel kjemisk er bygd opp eller hvilke materialer det er laget av.

4.2.4 Organoleptiske forskjeller

Forskjeller i hvordan produktet oppfattes av menneskelige sanser som smak, lukt og syn har tradisjonelt vært tillagt lite vekt i vurderingen av fysisk likhet.

I både *Spain - Coffee*⁷⁷ og *Japan - Alcoholic Beverages II*⁷⁸ ble slike organoleptiske forskjeller ansett for lite viktig, spesielt der produkter blandes sammen til et sluttprodukt for å tilfredsstille forbrukerne. I førstnevnte rapport uttalte Panelet at forskjeller i smak og aroma på grunn av geografiske og genetiske forskjeller ikke er uvanlig for jordbruksprodukter, og kan ikke tillegges særlig vekt. Dessuten ble ubrent kaffe i all hovedsak solgt i blandende former og fremstod som *ett* sluttprodukt for forbrukeren. I *Japan II*-saken var det et moment for likhet at alkoholen ofte ble drukket i fortynnet form eller tilsatt eller blandet med andre produkter slik at organoleptiske forskjeller får mindre betydning eller blir delvis utvisket.

I *Korea - Alcoholic Beverages* ble det uttalt at organoleptiske forskjeller, her i forhold til råmateriale, alkoholprosent, smak og farge, må vike for vurderingen av potensiell eller fremtidig konkurranse. Selv om det forelå organoleptiske forskjeller delte alkoholdrikkene nesten alle de samme karakteristikkene fordi det var stort potensial for et direkte konkurranseforhold.⁷⁹

Oppsummert er ikke organoleptiske forskjeller utslagsgivende i likhetsvurderingen, særlig i tilfeller der det ikke påvirker sluttproduktet ("kaffe er kaffe") eller disse egenskapene blir delvis utvisket. Det avgjørende vil være om forskjellene har betydning for konkurranseforholdet mellom produktene.

⁷⁷ *Spain - Coffee*, avs. 4.6 og 4.7

⁷⁸ Panel Report *Japan Alcoholic - Beverages I* avs. 6.23, bekreftet av Ankeorganet side 25.

⁷⁹ Choi (2003) side 51.

4.2.5 Farlige fysiske egenskaper

Ankeorganet i *EC - Asbestos* la i sin sammenligning av bygematerialer med og uten asbest vekt på farlige fysiske egenskaper og brukte helse som et moment i denne vurderingen. Helse er ikke en fysisk egenskap som sådan, men ble brukt som et poeng i en slags hypotetisk priselastisitetstest. Dette blir drøftet i kapittel 7.

4.2.6 Oppsummering

En vurdering av produkters fysiske egenskaper er en objektiv tilnærming til likhetsanalysen, og tvisteløsningsorganene begynner ofte vurderingen her. Praksis viser at ikke alle produkters egenskaper, art og kvalitet blant produktene blir ansett som like relevante: For eksempel har organoleptiske likheter blant produkter blitt tillagt liten vekt. Det kan virke som om tvisteløsningsorganene nedtoner betydningen av fysisk ulikhet der det ikke har betydning for konkurransen mellom produktene.

4.3 Sluttbruk og forbrukerpreferanser

4.3.1 Introduksjon

To av de tradisjonelle likhetsmomentene fra *Border Tax Adjustment*, er produktenes sluttbruk og forbrukerpreferanser. Med andre ord blir spørsmålet hvorvidt forbrukeren oppfatter produktene som ”like” fordi de har lignende sluttbruk og ut ifra deres smak og vaner.

Hvorvidt to produkter har felles sluttbruk kan vurderes ut i fra om de objektivt kan benyttes til det samme formål. Et annet syn er om de reelt sett blir oppfattet slik av forbrukerne. Forbrukerpreferanser og sluttbruk er til en viss grad overlappende og behandles derfor sammen. I *Spain - Coffee* sa Panelet at kaffe var generelt sett på av forbrukerne som et enkelt og veldefinert produkt ment for drikking, og dermed hadde lik sluttbruk. Tilsvarende fant tvisteløsningsorganene i *Japan – Alcoholic Beverages-sakene* at de ulike alkoholholdige drikkene hadde felles sluttbruk blant annet fordi de ble ansett å være ett veldefinert produkt som var ment for drikking.

4.3.2 Markedet

Ankeorganet har uttalt at det ikke er nok å vurdere de tradisjonelle kriteriene, man må også vurdere markedet ⁸⁰ og en undersøkelse av bevis angående markedsbasert sluttbruk basert på forbrukeres vaner og smak er spesielt viktig. ⁸¹ Om forbrukere faktisk anser to produkter for å ha felles sluttbruk, og hvilke preferanser de har når det gjelder produktene, vil ha stor innvirkning på markedet og om to produkter faktisk er i konkurranse med hverandre. ⁸² Forekomsten av felles sluttbruk mellom produktene vil derfor være et avgjørende moment i hvorvidt to produkter faktisk er i konkurranse i markedet; både i vurderingen etter ”like products” ⁸³ og ”directly competitive or substitutable products”. ⁸⁴ Jeg kommer tilbake til konkurranseelementet og markedet i kapittel 6.

På bakgrunn av dette kan man forstå tvisteløsningsorganene slik at det har gått fra et mer generelt sluttbruk-konsept til en mer markedsbasert tilnærming hvor man skal vurdere konkurranse i et gitt marked. ⁸⁵

4.3.3 Flere funksjoner og formål

Det kan tenkes at et produkt kan brukes til flere formål og/eller har flere funksjoner, og at forbrukere benytter det samme produktet til ulike formål. Forbrukere kan derfor ha ulik oppfatning av om produkter har ulik sluttbruk eller ikke.

Et eksempel på dette finnes i *Canada - Periodicals*. Canada hevdet at canadiske magasiner hadde mange funksjoner, blant annet som reklamemedium og kommunikasjonsmedium, og når det gjaldt førstnevnte funksjon kunne Amerikanske magasiner være ”directly substitutable”, men ikke for sistnevnte funksjon, på grunn av ulikt innhold.

⁸⁰ Se blant annet *Japan - Alcoholic Beverages II*, side 25.

⁸¹ EC – Asbestos, avs.117.

⁸² EC – Asbestos avs. 117.

⁸³ EC- Asbestos, avs. 117 og 118.

⁸⁴ *Japan – Alcoholic Beverages II*, side 25.

⁸⁵ Choi (2003) side 26.

Ankeorganet har uttalt at man må vurdere et produkts flere sluttbruk. Først når man har det hele og fulle bildet av disse kan man vurdere betydningen av hvorvidt produktene deler et begrenset antall sluttbruk. Om to produkter har lignende sluttbruk for et lite antall produkter forbrukere er likevel relevant.⁸⁶ Det er altså ikke nødvendig at samtlige forbrukere anser to produkter for å ha lignende sluttbruk.

Der et produkt har flere formål og funksjoner er det en viss fare for at vurderingen kan bli for bred. For eksempel vil de fleste matvarer ha som i hvert fall ett av sine formål å gjøre deg mett og tilføre næring. I så måte vil alle slags typer frukt og kjøtt ha samme sluttformål og/eller funksjon.⁸⁷ En eventuell priselastisitetstest⁸⁸ vil til en viss grad kunne avgjøre hvordan forbrukere faktisk forholder seg til produktene, og dermed begrense vurderingen til produkters reelle sluttbruk og funksjon for forbrukerne.

4.3.4 Tilstrekkelig bevisførsel.

For å kunne vurdere sluttbruken må man både vurdere de tilfellene hvor produktene har overlappende sluttbruk og der de ikke har det. I *Asbestos*-saken kom Ankeorganet til at selv om "chrysotile asbestos and PCG fibres" hadde en viss overlappende sluttbruk, for eksempel i produksjon av sementbaserte produkter, var det ikke tilstrekkelig bevis for de tilfeller der de ikke hadde lik sluttbruk. Dermed kunne ikke Ankeorganet konkludere i noen retning under dette kriteriet.⁸⁹ Det er altså ikke tilstrekkelig å bevise en viss lik sluttbruk. For å konkludere under dette momentet må det også eventuelt fremlegges bevis der produktene ikke har like sluttbruk.

4.3.5 Oppsummering

Sluttbruk og forbrukerpreferanser er viktige momenter i en markedsbasert analyse av to produkter fordi det sier noe om hvorvidt to produkter faktisk konkurrerer på markedet.

⁸⁶ EC- Asbestos, avs, 119.

⁸⁷ Choi (2003) side 53.

⁸⁸ Se kapittel 5.

⁸⁹ EC- Asbestos, avs. 137 og 138.

Forbrukerpreferanser og sluttbruk vil derfor være relevante momenter i flere av kapitlene under. Jeg kommer blant annet tilbake til forbrukerpreferanser i kapittel 7 om helse.

4.4 Tariffklassifisering

4.4.1 Introduksjon

Hvordan produktene er klassifisert tariffmessig, både nasjonalt og etter internasjonale standarder, kan være godt egnet til å gi en indikasjon på hvorvidt to produkter bør anses som "like products" nettopp fordi produkter som regel blir klassifisert etter hvor like de er. Det gir også en indikasjon på hvordan stater faktisk behandler og/eller vurderer produktene når det gjelder likhet.

Som et ledd i utviklingen av lik handel på like vilkår er det utviklet et internasjonalt klassifiseringssystem for harmonisering av tariff på varer. Harmoniseringen foretas av World Customs Organisation (WCO). De har utviklet "Harmonized Commodity Description and Coding System". Dette "harmonised system" (HS) benyttes internasjonalt for klassifisering av varer og innhenting av tollavgifter. Det oppdateres av WCO gjennom såkalte anbefalinger. HS er inndelt i seksjoner, kapitler, overskrifter og underoverskrifter fra mer generelle kategorier til de mer spesifikke beskrivelser av varer.⁹⁰

I dag er HS implementert hos de fleste medlemmer, slik at tariffklassifiseringen er relativt uniform og objektiv. Allikevel er det slik at mange produkter fortsatt ikke er tatt med i HS, og en del land har fortsatt ikke tatt den i bruk i sin helhet. Selv om HS er tatt i bruk gir det fortsatt rom for en variasjon i de nasjonale tariffsystemene, slik at de nasjonale tariffsystemene kan variere betydelig.⁹¹

I *Japan – Alcoholic Beverages II* erkjente Ankeorganet at tariffklassifisering kan være nyttig i vurderingen av likhet ("a helpful sign"), men advarte samtidig mot å legge for stor vekt på tariffbindinger fordi det ikke nødvendigvis vil gi en indikasjon på

⁹⁰ Houtte (2002), side 86.

⁹¹ Choi (2003), side 52-53

likhetsgraden mellom produktene, men som snarere kan være et resultat av tollkonsesjoner som er forhandlet frem av WTOs medlemmer.⁹² Med andre ord kan tariffinndelinger være et resultat av handelspolitiske forhandlinger mer enn det gir en nyttig indikasjon på likhetsskalaen etter artikkel I og III.

Også i andre situasjoner vil ikke nødvendigvis tariffklassifisering, både etter HS og nasjonale tariffinndelinger, være et godt utgangspunkt for likhetsanalysen. Dette kan for eksempel være der produkter ikke er dekket av WTO-medlemmenes tariffinndeling (schedule), tariffklassifikasjoner i utviklingsland som ikke er detaljert i tilstrekkelig grad, og områder som omhandler ikke-tariff-barrierer hvor beskyttelse av fordelene ved tariffkonsesjoner er mindre dominant, og dermed gjør at begrunnelsen for tariffklassifikasjon som moment i likhetsvurderingen er svak.⁹³ Det skal også nevnes at WTO-medlemmer har rett til å reklassifisere så lenge det ikke strider imot GATT-forpliktelsene.⁹⁴

4.4.2 Tilstrekkelig detaljert

Tariffinndelinger vil variere etter hvor detaljert de ulike produkttypene er beskrevet. Ankeorganet har på bakgrunn av dette uttalt at hvor mye vekt tariffklassifiseringen tillegges i likhetsvurderingen er derfor avhengig av i hvilken grad den er tilstrekkelig detaljert.⁹⁵

Et eksempel på dette finner man i *Philippines – Taxes on Distilled Spirit*. Der kom ankeorganet, i motsetning til panelet, frem til at tariffinndelingen ikke var tilstrekkelig detaljert. HS-grupperingen 2208 omhandlet ”all distilled spirits, as well as other liquors and unflavoured neutral spirits for human consumption or for industrial purposes”.⁹⁶ Dette ble ikke ansett som tilstrekkelig til detaljert til å kunne støtte opp under argumentasjonen om at alle de omtvistede destillerte spritproduktene var ”like”.

⁹² Japan – Alcoholic Beverages II, side 21 og 22.

⁹³ Choi (2003), side 101.

⁹⁴ Spain – Coffee, Japan – SPF Lumber.

⁹⁵ Japan – Alcoholic Beverages II, side 21.

⁹⁶ Philippines – Taxes on Distilled Spirit avs. 182.

4.4.3 Internasjonal praksis og enighet

Hvor mye man skal legge vekt på klassifikasjonen når man vurderer varenes likhet vil være avhengig av om den spesifikke klassifikasjonen kan rettferdiggjøres under internasjonal praksis eller legitime grunner, for eksempel gjennom en felles avtale eller gjennom enighet, eksplisitt eller implisitt, mellom WTO-medlemmene. Dette poenget kan sies å ha blitt bekreftet blant annet gjennom *Germany - Sardines*, *Japan - SPF Lumber* og *Spain - Coffee*.⁹⁷

I vurderingen av tariffklassifisering vil tvisteløsningsorganene ofte se på hvorvidt produktet er i en bestemt kategori for seg selv, og om dette er en generell praksis som også følges av andre land. WTO-praksis viser at jo flere land som følger samme tariffklassifisering (selv om den kan virke kunstig), jo mer legitim anser man klassifikasjonen for å være. Med andre ord spiller felles oppfatning blant medlemslandene inn.⁹⁸ I *Germany - Sardines* ble det lagt vekt på at det i tidligere forhandlinger mellom Norge og Tyskland lå en enighet, enten implisitt eller eksplisitt, om at produktene var ulike.⁹⁹ I *Spain - Coffee* la Panelet vekt på at ingen andre land hadde den tariffinndeling på forskjellige kaffetyper som Spania hadde, og konkluderte med at alle typer ubrent kaffe var "like products".¹⁰⁰

4.4.4 Oppsummering

Tariffklassifisering er et relevant moment i den grad den er tilstrekkelig detaljert. Jo flere land som deler samme inndeling desto større vekt vil klassifiseringen tillegges.

⁹⁷ Choi (2003), side 101.

⁹⁸ Choi (2003), side 51.

⁹⁹ Choi (2003), side 51

¹⁰⁰ Cho (2011).

5 Priselastisitet

Tvisteløsningsorganene har uttalt at likhetsvurderingen tar sikte på å finne ut hvorvidt to produkter faktisk konkurrerer i markedet.¹⁰¹

I vurderingen av hvorvidt to produkter faktisk er i konkurranse er det nødvendig å vurdere hvordan etterspørselen for et produkt påvirker et annet produkt. Dette vil også være viktig i vurderingen av et produkts sluttbruk og forbrukeres preferanser, fordi det sier noe om forbrukeres vaner og hvorvidt vanene for eksempel er basert på pris og avgifter (eller andre ting) og om de anser to produkter for faktisk å ha samme sluttbruk. En vare er et substitutt for en annen vare dersom begge varene dekker tilsvarende behov. Det er vanlig å anta at etterspørselen etter et produkt stiger når prisen synker, forutsatt at kunden anser at det er sammenheng mellom pris og kvalitet. Ved å beregne produktets priselastisitet kan man måle hvordan prisendringer vil slå ut på etterspørselen etter varen.

Krysspriselastisitetstesten¹⁰² ser hvordan endringer i etterspørsel for et produkt blir påvirket av endringer i prisen for et annet produkt. Krysspriselastisitet indikerer prosentvis hvor mye etterspørselen etter en vare påvirkes når prisen på en annen vare endres med 1 %. Dersom krysspriselastisiteten er positiv – prisstigning på vare A fører til stigning i mengdeetterspørsel for vare B – har vi konkurrerende/substituerbare varer. Dermed kan man også angi graden av substituerbarhet mellom varene. Dersom for eksempel prisen på smør øker, og etterspørselen etter margarin derfor øker, positiv krysspriselastisitet, er det grunn til å anta at smør og margarin fungerer som substitutter for hverandre og er i konkurranse.¹⁰³ Dersom varene er ”like” vil forbrukerne bytte ved den minste prisøkning. Dersom varene ikke er ”like”, men konkurrerende eller substituerbare vil forbrukerne kun bytte til vare B når prisen på vare A har steget med et

¹⁰¹ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs.. 119.

¹⁰² Formelen for krysselastisitetskoeffisienten (ek) er: $\text{mengdeendring vare Y} / \text{Ny pris vare X} / \text{prisendring vare X} \times \text{gammel mengde vare Y}$

<http://www.kunnskapssenteret.com/articles/2648/1/Krysspriselastisitet/Hva-er-krysspriselastisitet-hva-brukes-den-til-hva-sier-den-og-hvordan-beregne-den.html>.

¹⁰³ Eksemplet er hentet fra Panel Report Chile – Alcoholic Beverages, avs. 7.82.

visst minimum.¹⁰⁴ Ved å bruke krysspriselasitetstesten for å vurdere sluttbruk i et marked vil man få et mer realistisk bilde av den faktiske situasjonen og internalisere det prislelementet som har størst effekt på forbrukeres valg.¹⁰⁵

Tvisteløsningsorganene har benyttet denne testen for å undersøke konkurransen i markedet. Krysspriselasitet ble i *Philippines – Taxes on Distilled Spirits* og *Japan Alcoholic Beverages II* sett på som et viktig element i vurderingen av om det forelå felles, vanlig sluttbruk. Jo mer sensitiv etterspørsel er for et produkt på grunn av endring i pris hos det andre produktet desto større direkte konkurranse er det mellom dem¹⁰⁶. Samme markedsmetode ble brukt i *Chile – Alcoholic Beverages* og *Korea Alcoholic Beverages* og I sistnevnte dom ble det også lagt vekt på distribusjonskanaler, prisforskjeller, andre sammenlignbare markeder og potensiell konkurranse i sin markedsbaserte analyse.¹⁰⁷

Dersom det foreligger positiv krysspriselasitet vil det indikere at det er høy grad av konkurranse, men det er kun én faktor. Ankeorganet har uttalt at det viktigste er å fokusere på kvalitet og arten av konkurranse istedenfor kvantitative overlapp i konkurransen.¹⁰⁸ Dette skyldes blant annet at priselasitetstesten ikke fungerer optimalt i alle tilfeller. Dette er ikke sagt eksplisitt av tvisteløsningsorganene, men det er hovedsakelig i to tilfeller. Det vil for det første hovedsakelig være der forbrukerne ikke kjenner til det nye produktet og, for det andre der forbrukeres preferanser er påvirket av høye priser på grunn av skatter og avgifter.¹⁰⁹ Dette har også betydning for ”substitutability” som selvstendig vilkår. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.2.

¹⁰⁴ Matheny (1998) side 265-266.

¹⁰⁵ Choi (2003) side 29.

¹⁰⁶ Japan – Alcoholic Beverages, side 25.

¹⁰⁷ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 120.

¹⁰⁸ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 133 - 134.

¹⁰⁹ Se Korea – Alcoholic Beverages, Japan – Alcoholic Beverages II, Philippines – Taxes on Distilled Spirits.

Kvantitative studier av krysspriselasitetsundersøkelser er derfor relevante, men ikke eksklusive eller avgjørende.¹¹⁰

¹¹⁰ Se blant annet Korea – Alcoholic Beverages avs. 134, og Japan Alcoholic - Beverages II, side 25.

6 Konkurransforholdet

6.1 Generelt

Likhetskriteriene blir vurdert for å se om det foreligger et konkurransemessig forhold mellom produktene¹¹¹ Et viktig element i en vurdering av konkurranse i markedet er priselastisitet, som nevnt over.

For den bredere kategorien av produkter, som ikke er ”like”, men ”directly competitive or substitutable”, følger det av ordlyden i artikkel III:2 annen setning jf. dens forklarende note, at det er et konkurranseforhold man skal vurdere. Konkurransen i det relevante markedet som et element for å vurdere disse produktene er også bekreftet av tvisteløsningsorganene.¹¹²

Markedet kan oppfattes som delt, enten geografisk eller av ulike grupper av forbrukere som forholder seg forskjellig til de omtvistede produktene for eksempel på grunn av tilgjengelighet eller økonomi. Ankeorganet har uttalt at artikkel III ikke bare beskytter de enkelte eller de fleste tilfeller, men alle tilfeller av direkte konkurranse, slik at man ikke bare skal vurdere den delen av markedet som er mest representativt, men markedet i sin helhet.¹¹³

Videre kan man si at diskrimineringsforbudene ikke bare er ment å fange den umiddelbare diskrimineringstrusselen, men også å beskytte forventningene om et konkurranseforhold. Derfor bør også langsiktige virkinger av trusler og fremtidighetsanalyser tas med i vurderingen.¹¹⁴ Tvisteløsningsorganene har også lagt dette til grunn ved å uttale at man også skal vurdere latent etterspørsel eller konkurranse i markedet. Produkter trenger derfor ikke være ombyttelige for alle formål til en hver tid

¹¹¹ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 119.

¹¹² Se blant annet Korea – Alcoholic Beverages, avs. 121 og Japan – Alcoholic Beverages, side 25

¹¹³ Se Panel Report, Chile – Alcoholic Beverages, avs. 7.43 og Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 221.

¹¹⁴ Choi (2003), side 43.

for å være i konkurranse. Det er tilstrekkelig at de er ombyttelig for noen formål enkelte ganger av noen forbrukere¹¹⁵.

Et element i markedsvurderingen er pris. I *Philippines*-saken uttalte Ankeorganet at pris er et viktig element i vurderingen av om to produkter står i et tilstrekkelig direkte konkurranseforhold fordi bevis på priskonkurranse vil være en indikasjon på om produktene utgjør konkurransemessige begrensninger i forhold til hverandre. I så måte kan store prisforskjeller tyde på at produktene opererer i to ulike markeder. I denne saken kom Ankeorganet frem til at fordi det var en viss prisoverlapping mellom de importerte og de nasjonale alkoholdrikkene kunne man ikke tale om at markedet var delt, og at i visse tilfeller konkurrerte de importerte og nasjonale produktene i henhold til pris.¹¹⁶

I *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes*¹¹⁷ uttalte Ankeorganet at pris var en faktor i vurderingen av likhet, men hvis prisen på et produkt er ment å si noe om kvaliteten på et produkt burde den faktiske prisen i markedet være mer relevant enn verdien den er deklart som i toll. I denne saken hadde de importerte og de nasjonale sigarettene samme salgspris.

6.2 Nærmere om konkurransevurderingen etter artikkel III:2 annen setning

6.2.1 Substituerbare produkter

Artikkel III:2 annen setning taler om produkter som er ”directly competitive or substitutable”. Etter en ordlydstolkning er det tilstrekkelig om produktene er enten ”competitive” eller ”substitutable”. Ofte behandler imidlertid tvisteløsningsorganene disse termene samlet. Spørsmålet er da hvorfor, og om det kan tenkes situasjoner hvor disse termene vil ha selvstendig betydning.

¹¹⁵ Se Panel Report, Chile – Alcoholic Beverages, avs. 7.43 jf. Appellate Body report. Se også Korea – Alcoholic Beverages.

¹¹⁶ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 215.

¹¹⁷ Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes

Produkter som står i et direkte konkurranseforhold vil nødvendigvis være ombyttelige for forbrukere. Motsatt vil det imidlertid kunne tenkes situasjoner hvor ”substitutability” får selvstendig betydning. For det første; situasjoner hvor sluttbruket for forbrukere i et gitt marked kan være formet av mangel på kjennskap til de importerte produktene i forhold til de nasjonale produktene. For det andre; situasjoner hvor forbrukernes preferanser er påvirket av høye priser på grunn av de omtvistede skattene.¹¹⁸ Det kan også tenkes situasjoner hvor forbrukere er kjent med produktene, men at de på grunn av for eksempel religion eller kultur ikke vil være i konkurranse med hverandre.

I disse tilfellene vil ikke priselastisitetstesten være tilstrekkelig, som nevnt i kapittel 5, fordi endring i pris av det ene produktet ikke vil endre etterspørselen for det andre produktet.

Forskjellsbehandling av produkter som kan ha påvirket eller fryst forbrukernes preferanser i et marked for nasjonale produkter, særlig der det er snakk om ”experience goods” som forbrukere er kjent med og sjeldent eksperimenterer med, skal i følge tvisteløsningsorganene ikke bli brukt til å krystallisere forbrukerpreferanser¹¹⁹ eller hindre latent etterspørsel.¹²⁰

Tvisteløsningsorganene har derfor i enkelte tilfeller vurdert potensiell konkurranse der hvor priselastisitetstesten var lav¹²¹. I *Chile –Alcoholic Beverages* ble potensiell konkurranse brukt som en faktor hvor resultatet av krysspriselastisitetstester mellom den lokale drikken Pisco og importerte drikkevarer var lav.¹²²

¹¹⁸ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 120, Philippines – Takes on Distilled Spirits.

¹¹⁹ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 120, Japan – Alcoholic Beverages II side 25 jf Panel report avs.6.28.

¹²⁰ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 120

¹²¹ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 114-15

¹²² Choi (2003) side 73. Chile - Alcoholic Beverages

Om forbrukerne på et gitt tidspunkt derfor ikke anser to produkter som substituerbare eller ikke, er ikke nødvendigvis relevant for om produktene nettopp er, eller har potensial i fremtiden for å være, substituerbare eller ikke.¹²³

I *Japan – Alcoholic Beverages II* og *Korea – Alcoholic Beverages* ble det uttalt at man ikke burde ha ulik skatt på et produkt som kjøpes av forbrukere med ulike vaner fordi da gjør man den vanen permanent, eller vanene krystalliserer seg, og derfor burde man heller ikke tillegge forbrukers nåværende vaner for mye vekt i analysen av likhet¹²⁴. Men selv om enkelte forbrukerpreferanser kan ha krystallisert seg som følge av for eksempel ulikt skattenivå og pris, og man kanskje kan endre dette ved å endre skattenivået, kan det tenkes tilfeller der dette ikke er tilfelle. Choi mener at i markeder hvor for eksempel religion har stor betydning for hva forbrukere kjøper, kan det være mindre grunn til å anta at vanene er krystallisert gjennom avgiftsnivå. Høy skatt på svin vil antagelig ikke krystallisere muslimers preferanse for annet kjøtt. Det er derfor ulike grunner til om forbrukers vaner i et marked endrer seg eller ikke.¹²⁵ Med andre ord er ikke alle forbrukervaner variable.

Etter tvisteløsningsorganenes praksis skal det påståtte bruddet på GATT vurderes i markedet der tvisten foreligger. Der hvor dette markedet er påvirket av skatte- og avgiftsforhold eller andre reguleringer, som importforbud eller kvantitative importrestriksjoner, kan markedet hos andre WTO-medlemmer være relevant å se på i vurderingen.¹²⁶ Erfaringer fra andre markeder, særlige de markeder som er relativt like, vil kunne gi en indikasjon på det markedet man nå skal undersøke. Hvor relevante andre markeder er for analysen av det aktuelle markedet må vurderes fra sak til sak etter en vurdering av alle relevante fakta.¹²⁷

¹²³ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 114 og Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 218.

¹²⁴ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 120 og Japan – Alcoholic Beverages II side 25 jf Panel report avs. 6.28.

¹²⁵ Se Choi (2003) side 25.

¹²⁶ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 137 flg.

¹²⁷ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 137.

I *Korea- Alcoholic Beverages* uttalte Ankeorganet at det for sluttbrukselementet er spesielt viktig å undersøke potensiell konkurranse eller erstattbarhet. Av den grunn vil det være relevant å se til andre markeder, for eksempel markeder der produktene ikke i like stor grad er påvirket av samme skatte- og avgiftsforhold som det aktuelle markedet. De viste så til det japanske markedet hvor erstattbarheten og sammenfallende sluttbruk av vestlige drikker og den lokale, mer tradisjonelle japanske ”shochu” økte i etter hvert som forbrukerne etter hvert ble kjent med de vestlige drikkene, jf. *Japan – Alcoholic Beverages II*. Dette var sammenlignbart med det koreanske markedet fordi både ”shochu” og ”soju”, som var drikken i denne saken, var tradisjonelle drikker i hvert sitt land, og begge markeder var like i den forstand at de hadde et lite, men voksende importmarked på grunn av delvis liberalisering.¹²⁸ Panelet sammenlignet det japanske og koreanske markedet og fant dermed *potensiell* lik sluttbruk i det koreanske markedet. De utdypet imidlertid ikke hvorfor det koreanske og japanske markedet var sammenlignbart, annet enn at det i begge tilfeller dreide seg om to tradisjonelle drikker.^{129 130}

6.2.2 Sammenfatning

Dersom det er høy kvantitativ konkurranse er det sannsynlig at det foreligger direkte kvalitativ konkurranse. Det er imidlertid ikke alltid lett å bevise, spesielt der det er snakk om ”experience goods” som vil si at forbrukere kjøper det de er vant med og sjeldent eksperimenterer. Av denne grunn er kvantitative studier av krysspriselasitetsundersøkelser relevante, men ikke eksklusive eller avgjørende. Både kvantitative og kvalitative vurderinger skal tas med.¹³¹

”Substitutable”-vilkårets selvstendighet betyr at også produkter som faller innenfor denne kategorien vil kunne bli rammet av diskrimineringsforbudet dersom tiltaket fører til mindre gunstig behandling av det importerte produktet selv om produktene ikke er i

¹²⁸ Choi (2003), side 30.

¹²⁹ Choi (2003), side 30.

¹³⁰ Korea – Alcoholic Beverages avs. 137, jf Panel report, avs. 10.78.

¹³¹ Korea – Alcoholic Beverages, avs. 134.

konkurranse. Et annet spørsmål er om det er hensiktsmessig at disse situasjonene faller inn under diskrimineringsforbudet. Situasjoner hvor produkter er ombyttelige, og det foreligger muligheter for potensiell konkurranse bør omfattes for å imøtegå uheldige ressursallokeringer. De produkter som er ombyttelige, men ikke er i potensiell konkurranse, vil det være mindre grunn for at skal omfattes av bestemmelsen. Ordlyden taler likevel for at også disse tilfellene omfattes dersom "substitutable" gis selvstendig betydning. Dette kan være noe av grunnen til at Ankerorganet behandler "directly competitive or substitutable" samlet.

7 Helse

7.1 Asbestos-saken

I *EC- Asbestos* var spørsmålet om byggemateriale med og uten asbest var like produkter. Nærmere bestemt likheten mellom ”chrysotile asbestos fibres” og ”PCG fibres”. Frankrikes forbud mot asbest i konstruksjonsmateriale var nøytral i utformingen og gjaldt både for nasjonal og importert asbest. Helserisikoen ved bruk av asbestmateriale, som er kreftfremkallende, var et sentralt moment ved begrunnelsen til ankeorganet. Dermed introduserte ankeorganet helserisiko som et relevant moment ved vurdering av konkurranse i markedet.

7.1.1 Introduksjon

I *EC- Asbestos* ønsket ikke Panelet å ta med helserisiko som et element i vurdering av likhet mellom ”PCG fibres” og ”chrysotile asbestos fibres”. Blant annet fant de at det ville være upassende under vurderingen av artikkel III:4 med begrunnelsen at i så tilfelle ville det i stor grad eliminere effekten av unntaksbestemmelsen¹³² i artikkel XX(b) – som kan rettferdiggjøre en ellers ulovlig regulering dersom det er ”necessary to protect human, animal or plant life or health”. Ankeorganet på sin side uttalte at man skal ta med alle relevante bevis i vurdering av likhet og fant i den forbindelse at: ”(...) evidence relating to the health risks associated with a product may be pertinent in an examination of "likeness" under Article III:4 of the GATT 1994”.¹³³ De mente at Panelets vurdering var feil fordi det ikke fantes noe i ordlyden i artikkel III:4 eller i tidligere praksis fra tvisteløsningsorganene som tilsa at bestemte bevis skal a priori ekskluderes fra likhetsvurderingen. Dette elementet trengte allikevel ikke vurderes på egenhånd, men kan vurderes under vilkårene om fysiske egenskaper og forbrukerpreferanser.¹³⁴

¹³² *EC- Asbestos*, avs.113

¹³³ *EC - Asbestos*, avs. 113

¹³⁴ *EC - Asbestos*, avs. 113.

7.1.2 Vurderingen av forbrukerpreferanser

Ankeorganet mente ikke at Panelet tok feil i at det var en markedsbasert vurdering, men at de tok feil i at helserisiko ikke kunne være en del av denne vurderingen.¹³⁵ Blant annet måtte helserisiko være et moment under forbrukers preferanser, da dette kan være avgjørende for om en forbruker anser to produkter for ulike eller like.¹³⁶

Ankeorganet i *Asbestos* la stor vekt på at helserisiko ved et produkt, særlig et produkt som er kjent for å være kreftfremkallende slik som ”asbestos fibers”, vil høyst sannsynlig påvirke en forbrukeres (og produsents) produktpreferanse. Ankeorganet tok derfor et helt motsatt syn enn Panelet, som ikke vurderte dette momentet nærmere fordi det ikke ville gi et klart resultat.¹³⁷ Ankeorganet mente at helserisiko ville påvirke forbrukers valg av produkter, men også produsenters valg. Produsenter vil kunne bli påvirket av hva forbrukere ønsker og velger, og av kostnader ved ekstra påkrevde sikkerhetstiltak for et bestemt produkt.¹³⁸

Howse og Tuerk mener at Ankeorganets vurderingen av forbrukerpreferanser kan tolkes slik at Ankeorganet foretar en vurdering av et konkurransemessig forhold i et idealisert marked hvor forbrukeren har full informasjon. Det er med andre ord legitimt å vurdere hypotetisk hvordan forbrukeren ville ha forholdt seg til produkter i et idealisert marked.¹³⁹

7.1.3 Oppsummering

Ankeorganet introduserte i *Asbestos*-saken fundamentale menneskelige interesser som et moment. Dette skjedde ikke gjennom en undersøkelse av formålet med reguleringen,

¹³⁵ EC - Asbestos, avs. 114.

¹³⁶ EC - Asbestos, avs. 130.

¹³⁷ EC - Asbestos, avs.122.

¹³⁸ EC - Asbestos, avs.122.

¹³⁹ Howse og Tuerk (2001), side 301.

men gjennom en analyse av det konkurransemessige forholdet mellom produktene på markedet.^{140 141}

Man kan si at Ankeorganet i *EC - Asbestos* på den ene siden opprettholder tidligere praksis ved å holde seg til en markeds- og økonomibasert tolkning av likhet, mens de på den andre siden balanserte ”sneverheten” med å tillate ikke-økonomiske interesser og verdier i vurderingen av ”likhet”.¹⁴²

Oppsummert kan en si at ankeorganet gjorde farlige fysiske egenskaper til et moment i et slags hypotetisk priselastisitetstest hvor de kom fram til at asbestproduktene og deres substitutter var svært ulike fordi forbrukerne ville oppfatte det slik.

7.2 Forholdet til artikkel XX

Foreligger det et brudd på artikkel III, kan allikevel et tiltak gå klar av GATT dersom den innklagede part kan bevise at det aktuelle tiltak er nødvendig med hensyn til de unntak som er nevnt i artikkel XX. Etter artikkel XX (b) kan et tiltak rettferdiggjøres dersom det er ”necessary to protect human, animal or plant life or health”. Ved at helse er et eksplisitt unntak er det ikke opplagt at dette også skal vurderes etter artikkel III, som er en av hovedforpliktelse i GATT.

Ankeorganet i *Asbestos* tok avstand fra Panelets begrunnelse om å ikke vurdere helserisiko under artikkel III:4 fordi det ville gjøre artikkel XX overflødig. Ankeorganet fremholdt at helserisiko vurderes ulikt i de to bestemmelsene: Under artikkel III:4 vil det være bevis i analysen av det konkurransemessige forholdet mellom produktene i markedet, mens det under artikkel XX vil være et spørsmål om hvorvidt et medlem har nødvendig grunnlag for å gjennomføre et tiltak som strider mot GATT-forpliktelser av

¹⁴⁰ I en dissens i *EC - Asbestos* ble det uttalt at for mye fokus på en økonomisk tilnærming vil føre til at man mister viktige menneskelige verdier i vurderingen, nemlig beskyttelse av menneskets liv og helse. Ankeorganet la seg på en markedsbasert metode.

¹⁴¹ Howse og Tuerk (2001), side 289.

¹⁴² Bossche (2008), side 380.

hensyn til beskyttelse av helse.¹⁴³ Tolkningen av artikkel III:4 skal ikke begrenses kun fordi artikkel XX eksisterer og fordi tiltak som er i strid med artikkel III:4 eventuelt kan rettferdiggjøres på grunn av unntaksbestemmelsen.

Med andre ord rettferdiggjør Ankeorganet i EC - *Asbestos* bevis om helse under artikkel III:4 ved at samme type bevis under artikkel XX har et annet formål enn i vurderingen i artikkel III:4, fordi formålene og vilkårene med bestemmelsene er forskjellige.

7.3 Kritikk

I henhold til WTO-praksis skal artikkel III:4 tolkes relativt bredt, men Ankeorganets begrunnelse i AC - *Asbestos* kan tyde på at artikkel III:4 her ble tolket for bredt.

7.3.1 Hypotetisk priselastisitetstest

Ankeorganet sa at konsumentene må antas å velge det produktet som er minst farlig (uten asbest) dersom de er klar over skadevirkningene.

Et spørsmål er hva som blir følgen dersom man følger dette argumentet ut ifra en sak-til-sak-metode. Forbrukeres tilgang på informasjon og reelle mulighet til å velge bort visse produkter basert på kvalitet og helse vil antagelig være større i rikere land, slik at man i enkelte land vil måtte akseptere asbest, mens det i andre land, for eksempel Frankrike, vil være greit med et forbud.

Argumentet kan videre kritiseres fordi konsumentene i denne saken ikke var forbrukere, som er de som ville bodd i bygninger med asbest, men entreprenører.

Derfor kan en vurdering basert på hva forbrukere ville foretrukket i et idealisert marked kunne føre til uheldige resultater. Å tillate reguleringen etter artikkel XX (b), som var det Panelet gjorde, synes derfor som en mer fornuftig vurdering av saken med tanke på at

¹⁴³ EC- *Asbestos*, avs. 115.

det da ikke er en vurdering av forbrukerens valg, men om det er nødvendig for å beskytte helse.

7.3.2 Snudd bevisbyrde og strid med GATTs oppbygning

Helsemomentet kunne vurderes under artikkel III, og ikke bare i artikkel XX, fordi momentet vurderes forskjellig etter de to artiklene.

Allikevel er nettopp beskyttelse av helse et unntaksmoment i sistnevnte artikkel. Det kan derfor tyde på at ankeorganet ikke ønsket å snu bevisbyrden dersom tiltak eventuelt måtte rettferdiggjøres under artikkel XX for et tiltak de mente var legitimt og uten proteksjonistiske hensikter. Det kan derfor spekuleres i om ankeorganets begrunnelse er farget av at de ønsket et visst resultat og dermed tok med de hensyn de trengte for å nå det resultatet.

Ankeorganet kan derfor sies å ha vurdert ”like products” i strid med GATTs oppbygning og struktur, som bygger på at helserisiko skal vurderes etter artikkel XX etter snudd bevisbyrde dersom det foreligger brudd etter artikkel III.

8 Proteksjonistiske hensikter

8.1 Introduksjon

Formålet bak artikkel III er å hindre proteksjonisme og diskriminering. Vilkåret om ”like” og ”directly competitive or substitutable” produkter er elementer i den målsetningen. I vurderingen av disse har tvisteløsningsorganene hovedsakelig lagt vekt på de tradisjonelle kriteriene fra *Border Tax Adjustments*, som nevnt i kapittel 3.2, og konkurranseforholdet mellom produktene, og dermed vurdert produktene som sådan uten å vurdere hensikten bak tiltaket.

I *US – Malt Beverages* endret dette seg da Panelet også inkluderte prinsippet om ”so as to afford protection” artikkel I:1 da det tolket likhetskonseptet. Dette har senere blitt kjent som ”aim-and-effects”-testen.¹⁴⁴ Testen kan forklares ved at man vurderer om formålet bak et tiltak eller regulering hadde til hensikt å beskytte nasjonal produksjon (”the aim”) og om forskjellsbehandlingsens effekt resulterte i beskyttelse av egen produksjon (”the effect”).¹⁴⁵ I praksis har fokuset vært på hensikten bak tiltaket (”the aim”), eller sagt på en annen måte: på en stats ”regulatory intent” bak tiltaket.¹⁴⁶ Innledningsvis nevnes at ”aim-and-effect”, ”regulatory intent”, ”object and purpose” og andre termer som alle i prinsippet omhandler hensikten eller formålet bak et skattetiltak og/eller en regulering har blitt brukt om hverandre av både tvisteløsningsorganene og i teorien.¹⁴⁷ Det vil de også her.

Denne tilnærmingen høstet mye kritikk i teorien, blant annet på grunn manglende hold i ordlyden og med tanke på forholdet mellom artikkel III og unntakstilfellene i artikkel XX. Ankeorganet gikk senere bort i fra ”aim-and-effects”,¹⁴⁸ men det kan være grunn til å spørre om det bør være rom for å inkludere ”regulatory intent” som en av faktorene i vurderingen av likhet.

¹⁴⁴ Hudec (Requiem), side 13.

¹⁴⁵ Hudec (Requiem) side 13

¹⁴⁶ Cho (2011).

¹⁴⁷ Se blant annet Horn og Weiler (2004) og Hudec (Requiem).

¹⁴⁸ Japan-Alcoholic - Beverages II.

8.2 Problemstilling

Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 skal utgangspunktet for tolkningen være i ordlyden sett i sin sammenheng og ut ifra traktatens formål. Spørsmålet er derfor om det finnes støtte for "aim-and-effect" i GATT.

Et tiltaks hensikt eller formål nevnes ikke eksplisitt i verken artikkel I:1, III:2 eller III:4, slik at ut i fra en slik ordlydstolkning kan det tyde på at bestemmelsene skal vurderes uten det subjektive elementet av "regulatory intent". På den annen side: Etter artikkel III:1, som forklarer formålet bak hele artikkel III, skal ikke interne- skattetiltak og reguleringer "be *applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production*" (mine uthevinger). En ordlyd- og formålstolkning av første ledd kan tyde på artikkel III er ment å ramme de tiltak som har til hensikt å beskytte nasjonal produksjon, og ikke bare de tiltak som har den effekten, jf ordene "*so as*", og at dette skal gjelde for alle ledd i artikkelen.

En mulighet er å se på første ledd som en generell målsetning som forklarer hva de øvrige leddene gjennom sine spesifikke vilkår skal oppnå, og at den målsetningen som er nevnt i første ledd er en integrert del av disse. I så fall vil en likhetsvurdering etter de øvrige leddene som også inkluderer målsetningen i første ledd være overflødig.

På den andre siden inneholder nettopp annet ledd annen setning en direkte henvisning tilbake til første ledd. Etter denne skal ikke medlemmene "apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1." Motsetningsvis har ikke annet ledd første setning og fjerde ledd en slik direkte henvisning. I disse skal ikke "like products" henholdsvis skattlegges "in excess of" eller less favourably".

Dersom man først åpner for en "object and purpose"-tilnærming til likhetsvurderingen, kan disse bestemmelsene sett i sammenheng tyde på at formålelementet kun skal vurderes etter artikkel III:2 annen setning. På den andre siden kan det også tolkes slik at det kun er ment som et skille i forhold til den todelingen man har etter første og annen setning i annet ledd. I og med at fjerde ledd ikke har den samme todelingen kan det tenkes at slik tilnærming etter sistnevnte ledd ikke er utelukket. En tredje mulighet

er at henvisningen i annen setning i annet ledd kun er ment som en presisering, uten at det nødvendigvis utelukker en slik tilnærming etter verken annet ledd første setning eller fjerde ledd.

Twisteløsningsorganene gikk inn for en vurdering av hensikten bak formålet¹⁴⁹, men konkluderte senere med at det ikke var støtte for en slik tilnærming i ordlyden etter artikkel III:2 første setning¹⁵⁰ og artikkel III:4.¹⁵¹ For artikkel III:2 annen setning, som henviser til "so as to afford protection", landet de på en mellomløsning hvor man vurderer formålet bak et tiltak eller regulering ut i fra objektive kriterier.¹⁵²

8.3 Twisteløsningsorganenes behandling av "aim and effect"

8.3.1 Innføring av formålsbegrunnelse

US - Malt Beverages er kjent som den saken som innførte aim-and-effects. Allikevel kan man se spor av vurderinger av tiltaket som sådan i tidligere rapporter også. En av disse er *EEC - Animal Feed Proteins*. Denne saken, hvor spørsmålet var hvorvidt "vegetable proteins" og "skimmed milk" var "directly competitive" eller "substitutable" etter artikkel III:2, var en av de første sakene som vurderte "purpose and effect" av reguleringen som et moment for analysen av "direct substitutability".¹⁵³ I rapporten omtaler de blant annet "the objective of the EEC Regulation" og deretter "The Panel concluded that vegetable proteins and skimmed milk powder were technically substitutable in terms of their final use and that the effects of the EEC measure were to make skimmed milk powder competitive with these vegetable proteins" (mine uthevinger).¹⁵⁴

¹⁴⁹ US – Malt Beverages.

¹⁵⁰ Japan Alcoholic Beverages II

¹⁵¹ EC – Bananas III.

¹⁵² Japan Alcoholic Beverages II.

¹⁵³ Choi (2003) side 82.

¹⁵⁴ EEC - Animal Feed Proteins.

I *US - Malt Beverages*, en sak mellom USA og Canada, uttalte Panelet at ved vurderingen av "like products" under artikkel III:2 bør man også vurdere formålet bak artikkelen. I så måte vil det være nødvendig å vurdere hvorvidt ulik behandling av produktene blir gjort med formål om å beskytte egen produksjon eller ikke, jf artikkel III:1 ("so as to afford protection").¹⁵⁵ Lovmessighet av interne skatter og reguleringer skulle altså bli vurdert ut fra deres formål og markedseffekt – som i ettertid blitt kjent som "aim-and-effects".¹⁵⁶

Panelet fant i denne saken at formålet med å ha lavere skattesatser for vin som var laget av druer som vokste i delstaten Mississippi, og vin som var laget av andre druetyper var å beskytte egen lokalindustri. Motsetningsvis fant de at øl med høy- og øl med lav alkoholprosent kunne på basis av deres fysiske egenskaper regnes som sammenlignbare, men for å finne ut om produktene var "like" i avtalens forstand, måtte de vurdere om formålet med forskjellsbehandlingen var å beskytte egen produksjon eller ikke. Panelet bestemte i favør av USA, som hevdet at formålet med forskjellsbehandlingen var å oppfordre til konsumering av øl med lav alkoholprosent fremfor de med høyt alkoholinnhold. Dermed var det ikke snakk om "like products".¹⁵⁷ Det subjektive vurderingselement "regulatory intent" i vurderingen av "like products", var dermed innført.

Denne tankegangen ble opprettholdt i *US- Autotaxes*, hvor spørsmålet var om biler til over og under \$30.000 var "like products". Bakgrunnen for tvisten var skattforskjeller basert på bilens verdi, og reguleringer som skilte mellom bilene basert på bensinforbruk. Panelet fant at i de fleste saker, bortsett fra de mest klare, måtte en likhetsvurdering innebære en vurdering av "aims-and-effects" av det aktuelle tiltaket. Likhet må derfor vurderes opp mot hvorvidt den mindre fordelaktige behandlingen var basert på en regulatorisk forskjell med formål om å beskytte egen produksjon. I denne saken kom Panelet frem til at dette ikke var tilfelle fordi formålet med skattene ikke var proteksjonistiske, og den konkurransemessige effekten var ikke klar nok til å kunne

¹⁵⁵ *US - Malt Beverages*, avs. 5.24 og 5.25.

¹⁵⁶ Hudec, (requiem), side 12.

¹⁵⁷ *US - Malt Beverages*, avs. 5.25 – 5.26 og 5.71 – 5.72.

klassifiseres som beskyttende.¹⁵⁸ Konklusjonen ble at bilene ikke var ”like products” i henhold til artikkel III:2, første setning.¹⁵⁹

8.3.2 Tilbakevisning av formålsbegrunnelse som et relevant moment.

Japan – Alcoholic Beverages II er kjent som den saken som tilbakeviste ”aim-and-effects”. Man kan allikevel se tegn til at tvisteløsningsorganene gikk bort i fra denne fremgangsmåten allerede i *US- Gasoline*. Ankeorganet fant der at importert og nasjonal bensin som var kjemisk identiske var like produkter, fordi de per definisjon hadde nøyaktig de samme fysiske egenskaper, sluttbruk, tariffklassifisering og var ”perfectly substitutable”. Selv om det ble argumentert for formålet bak distinksjonen mellom de ulike tiltakene for bensinen, ble dette ikke tatt hensyn til i vurderingen av likhet.¹⁶⁰

Artikkel III:2 første setning

I *Japan – Alcoholic Beverages II* fant tvisteløsningsorganet at formålet bak et tiltak ikke er nødvendig i analysen av artikkel III:2 første setning, og at det derfor er irrelevant om proteksjonisme har vært formålet eller ikke.

For det første begrunner de dette med at ”aim-and-effect” ikke samsvarer med ordlyden i artikkel III:2 første setning. Aim-and-effect har i de tidligere saker vært sagt å ligge i ”so as to afford protection”, men Panelet i *Japan – Alcoholic Beverages II* fant ingen referanse i ordlyden i første setning til artikkel III:2 til ”so as to afford protection”-testen, slik man finner i annen setning. Forfatterne av teksten måtte derfor ha ment at den mer enkle ”like products” testen i første setning var slik man ville oppnå formålet i artikkel III:1 når skatteforskjeller mellom nesten identiske produkter var involvert.¹⁶¹

Ankeorganet uttalte, for det andre, at bevisbyrden vil endres for den klagende part ved innføring av en slik test. De blir nødt til å ikke bare bevise effekten (the effect) av et bestemt tiltak, som Panelet mener er i prinsippet ”discernible”, men også målet (the

¹⁵⁸ Bossche (2008), side 355

¹⁵⁹ US – Autotaxes, avs. 5.8 flg..

¹⁶⁰ Panel report, *US – Gasoline*, avs. 6.9, Bossche (2008), side 381.

¹⁶¹ Hudec (requiem) side 18.

aim), som i følge panelet noen ganger er ”indiscernible”. Videre vil ofte et legislativt tiltak ha flere formål, og det ville være vanskelig og bestemme hvilke av disse som skal tas med i vurderingen. I tillegg er det et spørsmål om tilgang på dokumenter og muligheter for parten å bevise slike formål. Tilgang til forarbeider og annen dokumentasjon bak et tiltaks legislative historie, vil være vanskelig, og noen ganger umulig, for den klagende part å få tak i. I alle tilfeller vil det være vanskelig å finne ut hvilke dokumenter som eventuelt vil belyse formålene bak lovgivningen. Dermed vil det kunne bli svært vanskelig å møte bevisbyrden for den klagende part.

Artikkel III:2 annen setning

Om annen setning, som har en direkte henvisning til første ledd, sa ankeorganet i *Japan II*-saken at denne krevde noe mer en kun en analyse av beskyttende effekt, men at dette ikke betød en analyse av ”regulatory purpose” tilsvarende ”the aim” i en ”aim and effects” test”.¹⁶² I stedet la det fokus på ordet ”applied” og mente man måtte undersøke om det forelå ”protective application” ut ifra ”the design, the architecture, and the revealing structures of a measure.”¹⁶³ Dette kan tolkes som en mer objektiv analysevariant av en ”aim”-test. Det kan derfor argumenteres for at ”intent” er en del av analysen fortsatt, i hvert fall for annet ledd annen setning.

Artikkel III:4

I *EC- Bananas III* anførte Panelet en analyse som inkorporerte den mer objektive ”aim”-analysen, som Ankeorganet i *Japan II*-saken la til grunn for annet ledd, annen setning, for artikkel III:4. Ankeorganet avviste denne metoden med begrunnelsen at artikkel III:4, i likhet med annet ledd første setning, ikke har en direkte henvisning til prinsippene i første ledd. Ankeorganet vurderte ikke betydningen av den tekstlige forskjellen i todelingen i annet ledd, som fjerde ledd ikke har.^{164 165}

¹⁶² Hudec (Requiem) side 19.

¹⁶³ Japan – Alcoholic Beverages, side 29

¹⁶⁴ EC – Bananas III, avs. 215-16

¹⁶⁵ Hudec, Robert, (Requiem), side 17

8.4 Enkelte problemer

8.4.1 Forholdet til artikkel XX og bevisbyrden

Etter Wien-konvensjonen skal en bestemmelse tolkes slik at den gir “meaning and effect” til resten av traktaten, og Ankeorganet har uttalt at “an interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility”¹⁶⁶ Artikkel III kan derfor ikke tolkes slik at artikkel XX mister sin “meaning and effect”.

To-trinnstest

Forholdet mellom GATT artikkel III og XX er at førstnevnte er en hovedregel, mens sistnevnte er en unntaksregel. Det er således en to-trinnstest. Den klagende part har bevisbyrden for å konstatere brudd etter artikkel III. Konstateres et brudd på en stats forpliktelse etter artikkel III kan staten forsøke å bevise at tiltaket allikevel var nødvendig for å beskytte for eksempel helse og liv for mennesker, dyr eller planter etter artikkel XX (b). Bevisbyrden er dermed snudd.

I unntaksbestemmelsen vurderer man altså formålet bak det aktuelle tiltaket, mens man etter artikkel III hovedsakelig har vurdert effekten av et handelstiltak. I både teori og tvisteløsningspraksis har det vært hevdet at ved å inkludere ”aim-and-effects”-testen, og dermed vurdere formål, under artikkel III vil man i praksis gjøre artikkel XX overflødig.

Strengere vilkår

Artikkel XX gir en liste over unntak som kan legitimere at man i enkelte tilfeller går bort i fra sine GATT-forpliktelser, herunder også artikkel III. ”Aim-and-effect” testen, derimot, inneholder ikke en slik liste eller begrensning. Artikkel XX inneholder også et krav om ”nødvendighet” som den innklagede staten har bevisbyrden for.

Det kan derfor argumenteres for at det vil kunne bli for lett for et medlem å slippe unna eller omgå sine forpliktelser etter artikkel III, dersom man åpner for ”regulatory intent”

¹⁶⁶ US - Gasoline, side 23.

etter denne artikkelen. For eksempel kan et medlem kan argumentere for beskyttelse av helse under "aim-and effect" uten å bevise at dette er et nødvendig tiltak, som de måtte ha gjort under artikkel XX.¹⁶⁷ Terskelen er altså lavere i artikkel III fordi det ikke er et krav om nødvendighet.

Bevisbyrde

Ved å tillate en stat å argumentere for hensikten bak tiltaket under artikkel III kan det sies at man forrykker den bevisbyrdefordelingen som GATT har lagt opp til. Som nevnt er det den klagende part som under artikkel III har bevisbyrden, mens etter unntakene i artikkel XX er det opp til staten som mener at deres tiltak eller regulering faller inn under et unntak og bevise dette. En vurdering av hensikten etter artikkel III legger bevisbyrden på den klagende part, og det kan være vanskelig å få tak i den nødvendige dokumentasjon for å motbevise en slik hensikt, slik det også ble uttalt i *Japan – Alcoholic Beverages II*.¹⁶⁸ Disse momentene taler derfor for at "aim-and-effects"-testen vil gjøre unntaksbestemmelsen i artikkel XX så å si meningsløs.¹⁶⁹

På den annen side vil nettopp en mindre streng bevisbyrde og "aim-and-effects"-test, gjøre det lettere for en stat å regulere der den ikke har proteksjonistiske hensikter, men ikke vil kunne møte beviskravene i artikkel XX. Det har i teorien vært antatt at dette var årsaken til at Ankeorganet i *Asbestos* tillot forskjellsbehandlingen av byggemateriale henholdsvis med og uten asbest under artikkel III.¹⁷⁰

Argumentene om omgåelsesfare og snudd bevisbyrde taler derfor i mot å vurdere "regulatory intent" etter artikkel III.

8.4.2 Implisitt vurdering av proteksjonisme

Målet om anti-proteksjonisme ligger som et bakteppe og målsetting for WTO og GATT, men nevnes ikke i verken artikkel I eller III, og tvisteløsningsorganene har, som

¹⁶⁷ Se Panel Report *Japan – Alcoholic Beverages II* avs. 6.16 -17.

¹⁶⁸ Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, avs. 6.16 -17

¹⁶⁹ Bossche (2008), side 355.

¹⁷⁰ Cho (2011).

vi har sett, også gått bort fra en vurdering av proteksjonistiske hensikter i sin likhetsanalyse.

I teorien¹⁷¹ har det vært påstått at noe av årsaken til at tvisteløsningsorganene til tider har vært inkonsekvente i sin praksis og likhetsanalyse er, i tillegg til politisk følsomhet, at de nettopp vurderer hvorvidt det foreligger proteksjonistiske hensikter bak et tiltak. Deretter tilpasses analysen slik at de objektive kriteriene ”passer” det resultatet man ønsker å oppnå.¹⁷² Et argument for å vurdere ”regulatory intent” er nettopp at det er det tvisteløsningsorganene gjør uansett, selv om det ikke eksplisitt sies, og at det derfor bør være åpenhet om denne vurderingen.¹⁷³

I *Spain-Coffee* og *Japan – SPF Lumber*, som begge gjaldt artikkel I:1, kom Panelene til at forskjellige kaffetyper er ansett for å være ”like products”, mens forskjellige typer tømmer i sistnevnte sak var ”unlike”. I begge sakene dreide det seg om reklassifisering av produktene i tariffsammenheng og panelene foretok en relativt ren produktsammenligning. Cho hevder at årsaken til at utfallet av ”like products” ble forskjellig i disse to sakene kan være at det i *Spain-Coffee* var indikasjoner som tydet på at det lå proteksjonistiske motivasjoner bak reklassifiseringen og dermed et ønske om å slå ned på dette, mens det i *Japan – SPF Lumber* ikke syns å være proteksjonistiske motivasjoner som lå bak.¹⁷⁴

I *Asbestos*-saken la EC stor vekt på helseargumentet i sin begrunnelse på hvorfor de to typer produkter ble forskjellsbehandlet, og ankeorganet fulgte opp. Selv om Ankeorganet ikke spesifikt vurderte ”aim-and-effect” kan det virke som om tiltakets formål nettopp var noe ankeorganet så hen til og la vekt på i og med at beskyttelse mot helsefarlige produkter var formålet til statens forskjellsbehandling, ikke proteksjonisme. Istedenfor å benytte denne terminologien gjorde de helserisiko til en del av vurderingen

¹⁷¹ Cho (2011), Hudec (Requiem).

¹⁷² Cho (2011)

¹⁷³ Hudec (requiem) side 25 flg.

¹⁷⁴ Cho (2011).

under to av de fire anerkjente kriteriene og unngikk dermed eksplisitt å overprøve *Japan – Alcoholic Beverages II*.

Oppsummert kan det synes som om tvisteløsningsorganene velger den metoden de selv anser som passende for å oppnå det resultatet de har bestemt seg for på forhånd.

8.5 Bør "regulatory intent" være en del av likhetsvurderingen?

Tvisteløsningsorganene har i all hovedsak gått bort fra "regulatory intent" som et moment i likhetsvurderingen, men det kan tyde på at tvisteløsningsorganene har vurdert formålet bak tiltakene og reguleringen i mer eller mindre grad både før og etter at "aim-and-effects" både kom og gikk. Dette taler for å ha en åpenhet om "intent" som vurderingstema.

En svakhet ved "aim-and-effects" er at den ikke har støtte i ordlyden. På den andre siden vil en slik test være mer i samsvar med formålet bak GATT og artikkel III. Ved å fjerne seg fra en mer objektiv tilnærming til en mer subjektiv tilnærming vil vurderingen kunne bli vanskeligere å foreta. Det er ikke nødvendigvis lett å gjennomskue proteksjonistiske hensikter, og faren for omgåelse vil kunne være større ved at stater gjemmer seg bak en slik begrunnelse.

En slik tilnærming vil også kunne føre til en ubalanse mellom artikkel III og XX, og dermed stride i mot den oppbygning GATT har lagt opp til. På den annen side er ikke bevisbyrden like streng i artikkel I eller III som i artikkel XX, slik at tiltak som er vanskelig å bevise etter sistnevnte artikkel kan gå klar av hovedbestemmelsene dersom de ikke har proteksjonistiske formål.

Ved å inkludere hensikten bak tiltaket i likhetsvurderingen vil man etter artikkel III i større grad ramme de tiltak som er proteksjonistiske, men som ikke nødvendigvis rammes av ordlyden fordi effekten av tiltaket ikke reelt sett diskriminerer mellom produktene. En slik formålstilnærming vil i større grad ramme proteksjonistiske hensikter. Motsetningsvis vil man ved å sammenligne produktene og effekten som

sådan ramme den faktiske diskrimineringen i markedet, uavhengig av om denne var tiltenkt eller ikke. Dette er mer i samsvar med teksten i GATT og vil ramme den reelle beskyttelsen av nasjonal industri, og det er også den effekten GATT gjennom artikkel I og III må antas å skulle ramme. Dette taler imot en "aim-and-effects" test.

Etter en avveining av momentene bør "regulatory intent" kun i begrenset grad, for eksempel i artikkel III:2 annen setning etter en mer objektiv tilnærming, være en inkludert del av likhetsanalysen fordi hensikten bak en regulering ikke nødvendigvis påvirker handelen i markedet, som er det WTO regulerer.

9 Prosess og produksjonsmetoder

9.1 Introduksjon

Når tvisteløsningsorganene skal vurdere to eller flere produkter opp mot hverandre forutsetter det at man har sluttprodukter å sammenligne. For å ende opp med et sluttprodukt har produktene vært gjennom diverse prosesser og/eller produksjonsmetoder. Et av momentene som vurderes i likhetsanalysen er, som nevnt, produktenes egenskaper som for eksempel fysiske likhet, art og kvalitet. Spørsmålet er om prosess- og produksjonsmetoder (PPM) er relevant i vurderingen av produkters likhet hvis måten produktet er laget på ikke påvirker produktets fysiske egenskaper eller sluttproduktet som sådan.

9.2 Produktfokus

Både artikkel I og III taler om produkter og sier ingenting om verken prosess eller produksjonsmetoder. Ut i fra en ordlydstolkning taler det derfor for å vurdere sluttproduktet som sådan og ikke inkludere PPM i likhetsanalysen. Dette er i samsvar med gjeldende praksis fra tvisteløsningsorganene. På den annen side ekskluderer ikke ordlyden prosess fra analysen som sådan.

I *US- Tuna-sakene*¹⁷⁵ spesifiserte Panelet at det er en vurdering av importert tunfisk som *produkt* som skal vurderes opp mot nasjonal tunfisk som *produkt*. Mexicos fangstmetoder av tunfisk, der delfiner ble skadet eller drept i prosessen, påvirket ikke tunfisken som produkt og kunne dermed ikke være relevant etter artikkel III:4.¹⁷⁶ Det at reguleringen i seg selv er opprinnelsesnøytral var irrelevant så lenge distinksjonen var basert på prosessen og ikke produktet. Prosessbaserte tiltak var i følge Panelet ikke dekket av artikkel III og kunne derfor ikke vurderes etter denne bestemmelsen, men etter artikkel XI som regulerer kvantitative restriksjoner.

I *Philippines-saken* sa Ankeorganet at artikkel III:2 første setning taler om ”like products” og ikke råmateriale. Så lenge forskjeller i råmateriale som produktene er laget

¹⁷⁵ US - Tuna I og US – Tuna II

¹⁷⁶ US – Tuna I, avs. 5.15.

av ikke påvirker det endelige produktet eller konkurranseforholdet mellom produktene, kan produktene fortsatt være ”like”.¹⁷⁷ I denne saken ble det også påpekt at produksjonsprosessen for de nasjonale spritproduktene var lagt opp slik at sluttproduktet skulle ha lignende organoleptiske egenskaper som de importerte spritproduktene som var laget av annet råmateriale.

At det er sluttproduktet som skal vurderes i likhetsanalysen så man også i *Mexico - Soft Drinks* hvor leskedrikk og sirup som var søtet med rørsukker og leskedrikk og sirup som var søtet med andre søtstoffer var ”like products” på tross av forskjellene i råmaterialet.

I *US - Malt Beverages* kom Panelet frem til at om produktene var produsert av store eller små firmaer var irrelevant for likhetsvurderingen. Allikevel kom Panelet frem til at nasjonal lovgivning som ga skatteunntak for produkter produsert av små firmaer, uavhengig av om de var nasjonale eller utenlandske, var diskriminerende mot import fra større, utenlandske firmaer. Men begrunnelsen lå i at disse da ville ble behandlet ”less favourably” enn ”like products” fra små, nasjonale firmaer, og ikke produksjonsmåten.¹⁷⁸

På den andre siden kan det finnes støtte i teksten for at PPM ikke er ekskludert fra vurderingen. I *US-Tuna* I kom Panelet frem til at artikkel III taler om produkter, og at prosessbaserte tiltak ikke påvirker produktene som sådan og var derfor irrelevant. Men det at GATT referer til produkter, kan simpelthen være fordi GATT regulerer handel av produkter, i motsetning til for eksempel GATS¹⁷⁹ som regulerer handel av tjenester.¹⁸⁰

Ytterligere støtte i teksten finnes i artikkel III:4 som omfavner alle lover, reguleringer og krav som påvirker (blant annet) internt salg av produkter. PPM-baserte tiltak og reguleringer kan tenkes å påvirke salg av produkter. I *US-Tuna*-saken ville for eksempel

¹⁷⁷ Philippines – Taxes on Distilled Spirits, avs. 125 og 126.

¹⁷⁸ US – Malt Beverages, avs. 5.19.

¹⁷⁹ General Agreement on Trade in Services http://wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf

¹⁸⁰ Howse og Tuerk (2001) side 253 flg.

USAs reguleringer påvirke salg av produkter ved å redusere salget av tunfisk fra andre land. Man kan derfor hevde at det ikke ut i fra ordlyden er grunnlag for å ekskludere prosess- og produksjonsmetoder i likhetsvurderinger slik at prosessbaserte tiltak og reguleringer kan gjøre produkter ”unlike”.¹⁸¹

Basert på blant annet dette mener Howse og Tuerk at forskjeller i regulering som ikke er proteksjonistiske kan gå klar av artikkel III, uavhengig av om de er produkt- eller prosessbasert. For eksempel vil PM-er som gjelder like mye for importerte som nasjonale produkter (opprinnelsesnøytrale tiltak) kunne gå klar av for eksempel artikkel III:4. Howse og Tuerk er av den oppfatning at selv om man ut ifra *US - Tuna*-sakene kan lese at prosessbaserte handelsrestriksjoner aldri vil være interne reguleringer i samsvar med artikkel III avdempes dette i *Asbestos*. Ankeorganet i *Asbestos* uttalte at to produkter kan være ”like”, men allikevel behandles forskjellig i reguleringstiltaket dersom det ikke fører til mindre gunstig behandling for de importerte produktene, eller med andre ord proteksjonisme ovenfor egne produkter. Selv om produkter som har forskjellige produksjons- og/eller prosessmetoder blir regnet som ”like” under artikkel III:4, kan forskjeller i regulering bli godtatt så lenge resultatet ikke er proteksjonistisk, eventuelt kan de være et brudd i motsatt tilfelle.¹⁸²

Oppsummert må det legges til grunn at prosess- og produksjonsmetoder er irrelevant i vurderingen av ”like products” etter dagens WTO-standard, fordi tvisteløsningsorganene ikke har funnet støtte for en slik vurdering i ordlyden.

9.3 Påvirkningen på markedet og forbrukerne

Selv om prosess og produksjonsmåter ikke er ansett som et relevant moment i likhetsanalysen, kan det tenkes at måten produktene blir til på vil påvirke forbrukerpreferanser. I teorien¹⁸³ har det vært hevdet at det er det stadig økende fokus på produksjonsmåter for eksempel på økologisk mat, ”humant” dyrehold, miljø og

¹⁸¹ Howse og Tuerk (2001) side 254.

¹⁸² Howse og Tuerk (2001) side 289 og 298.

¹⁸³ Se blant annet Cho (2011) og Bossche (2008), Kysar (2004).

utnyttelse av fattige, for eksempel barnarbeid, og at dette vil kunne påvirke forbrukerne og dermed arten og graden av det konkurransemessige forholdet i markedet.¹⁸⁴

Det kan tenkes situasjoner hvor forbrukere skyr unna visse produkter fordi de for eksempel finner prosessen moralsk forkastelig, for eksempel produkter laget av barnarbeidere, eller at forbrukere foretrekker mat produsert på en økologisk måte. Dersom for eksempel forbrukere velger bort tepper som er laget av barn til fordel for like tepper som ikke er laget av barn, kan det tenkes at det ikke foreligger, eller kun i liten grad, konkurranse mellom produktene, og at de dermed kan karakteriseres som ulike. På den annen side er det ikke alltid lett å vurdere hva som styrer forbrukerpreferanser, og det vil antagelig ofte være basert på pris og andre aspekter, for eksempel tilgjengelighet, som ikke er PPM-relaterte.¹⁸⁵ En krysspriselastisitetstest vil imidlertid kunne vise dette.

Hvorvidt forbrukerne skiller mellom produkter på bakgrunn av produksjonsmetoder vil også antagelig være kulturelt og økonomisk betinget slik at utfallet vil kunne betone seg forskjellig i medlemslandene. Hvorvidt forbrukere vil skille mellom produkter på bakgrunn av PPM vil i stor grad også antagelig bero på at de har tilstrekkelig informasjon å basere valgene sine på, og økonomi. Dersom man tok mer hensyn til PPM-er ville man derfor kunne ende opp med ulike utfall i ulike saker som kommer opp for tvisteløsningsorganene fordi sakene skal vurderes ut i fra markedet der det omtvistede tiltaket finner sted.

9.4 Fokus på internasjonal handel i et større perspektiv.

WTO er først og fremst en handelsinstitusjon, og den ”konklusjonen” tvisteløsningsorganene har forholdt seg til, at PPM er irrelevant, må sies å være svært handelsvennlig (”pro trade”). Relevansen av produksjonsmåter, som for eksempel

¹⁸⁴ Bossche (2008), side 381.

¹⁸⁵ Bossche (2008), side 381.

miljøhensyn, må derfor ”løses” på andre måter eller gjennom andre kanaler. Dette har ført til en del kritikk. For eksempel høstet *US - Tuna* mye kritikk fra miljø- og dyrevernorganisasjoner, som blant annet mente at det også måtte være rom for slike vurderinger innenfor det internasjonale handelsregimet.¹⁸⁶

I følge teorien har det siden *US- Tuna-saken* har vært større fokus på handelens samspill med miljø, fattigdom, arbeid og andre samfunnsmessige og politiske aspekter.¹⁸⁷ Det betyr derimot ikke at resultatet av *US-Tuna* hadde blitt annerledes i dag, for WTO er også i dag først og fremst en handelsorganisasjon, men det kan spekuleres i om ikke i alle fall analysen hadde blitt noe mer nyansert: for eksempel har Ankeorganet i *Asbestos-saken* vurdert helse som en del av markedsanalysen under artikkel III, noe som normalt vil høre til under unntaksbestemmelsen i artikkel XX, slik for eksempel også miljø vil gjøre. Dette forutsetter at prosessbaserte tiltak kan vurderes under artikkel III.

9.5 Oppsummering

I teorien hevdes det at man i dag ikke kan løse de utfordringer man står overfor i internasjonale handelssammenheng uten å i større grad også vurdere handelens samspill og innvirkning på andre samfunnsforhold og såkalte myke verdier¹⁸⁸

Ordlydsmessig og handelspolitisk kan det argumenters for i større grad å inkludere PPM i likhetsvurderingen, men i henhold til tvisteløsningsorganenes praksis per dags dato kan ikke produkter anses som ”unlike” på grunn av prosess- og produksjonsmetoder.

¹⁸⁶ Cho (2011).

¹⁸⁷ Cho (2011).

¹⁸⁸ Cho (2011).

10 Avveiling av vilkårene

I utgangspunktet skal ikke noen av momentene veie tyngre enn andre og relevante vilkår skal vurderes for å komme frem til hvorvidt produktene konkurrerer på markedet.¹⁸⁹

Ankeorganet har allikevel, i *EC- Asbestos*, uttalt, i hvert fall implisitt, at fysisk likhet gir en presumpsjon om likhet. Praksis indikerer også at der det foreligger stor fysisk likhet mellom to produkter skal det mye til før man konkluderer med at man ikke har med ”like products” å gjøre. Og motsatt: der det er liten fysisk likhet skal det mye til før man konkluderer med ”like products” eller et konkurranseforhold.¹⁹⁰ Dette henger til en viss grad også sammen med at sluttbruk, forbrukerpreferanser og tariffklassifisering i stor grad beror på produkters fysiske likhet. For at forbrukere anser to produkter for å ha samme sluttbruk må de nødvendigvis ofte dele en del av de samme fysiske karakteristikkene.^{191 192}

I *Indonesia National Car*-saken erkjente Panelet at alle passasjerbiler, her Rolls Royce og Timor, deler de samme basiskarakteristikkene og har identisk sluttbruk, men de erkjente samtidig at passasjerbiler er svært forskjellige produkter fordi de kan variere veldig når det gjelder vekt, størrelse, motor, teknologi og andre funksjoner. Disse forskjellene, som manifesterer seg i produksjonskostnader og forbrukerens syn på disse, viser seg i forskjell i pris mellom de ulike modeller og merker. Panelet fant at det var enorme fysiske og ikke-fysiske forskjeller mellom Rolls Royce og Timor og graden av erstattbarhet mellom disse var derfor svært lav. Den indonesiskproduserte bilen Timor ble derfor ikke ansett å være ”like” bilene Vectra og Rolls Royce, men til gjengjeld fant panelet at Timor var ”lik” Japanske småbiler som for eksempel Corolla, og andre amerikanske og europeiske bilmodeller som Ford Escort, Peugeot 306 og Opel

¹⁸⁹ Philippines - Taxes on Distilled Spirits, avs. 120.

¹⁹⁰ Se blant annet *EC- Asbestos*, avs. 118.

¹⁹¹ Se blant annet *Korea – Alcoholic Beverages*, avs. 108.

¹⁹² Choi (2003) side 53.

Optima.¹⁹³ Med andre ord kan ulikheter i fysisk utforming trumfe identisk sluttbruksargumenter så lenge man ser en forskjell hos forbrukerne i markedet.

I *Asbestos* kunne ikke Ankeorganet konkludere i henhold til sluttbruksargumentet. Selv om det var en viss overlappende sluttbruk, var det ikke tilstrekkelige bevis for de tilfeller der de ikke hadde lik sluttbruk.¹⁹⁴ Tuerk og Howse mener denne uttalelsen av ankeorganet kan tolkes slik at ankeorganet bruker kriteriet om sluttbruk til å presentere bevis om viktigheten av likhet i motsetningen til ulikhet eller ikke-overlappende sluttbruk. For å bevise ”likhet” må et medlem legge frem bevis for både likhet (lik sluttbruk) og ulikhet (ulik sluttbruk). I første omgang bør bevisene indikere at likhetene er større enn ulikhetene.¹⁹⁵

Konsekvensen av dette vil kunne føre til at den forsvarende part, etter at den klagende part *prima facie* har klart å etablere bevis for likhet, må kunne bevise likeverdige eller større bevis for ulikhet. Med andre ord vil en slik tolkning av Ankeorganets uttalelser kunne føre til vanskeligheter når det gjelder bevisbyrden.¹⁹⁶

Oppsummert kan en si at Ankeorganet er noe inkonsekvente når de sier at man skal vurdere alle relevante kriterier, også de som ikke nødvendigvis passer inn under de ”originale” kriteriene, og at man skal foreta en helhetsvurdering av disse i analysen, for så å tillegge fysiske egenskaper større vekt enn de øvrige vilkår.¹⁹⁷ Likhet i fysiske egenskaper skaper en presumpsjon om ”like products” som det skal mye til for å motbevise.

Tvisteløsningsorganene har likevel nå i større grad gått over til en markedsbasert analyse slik at det viktigste syns nå å være hvorvidt tvisteløsningsorganene anser produktene for å være i et tilstrekkelig konkurranseforhold i markedet.

¹⁹³Indonesia National Car, avs.14.104-14 og 14.163 -93. Denne markedsbaserte tilnærmelsen var i følge Panelet like relevant for analysen i artikkel I som i artikkel III:2 første setning.

¹⁹⁴ EC - Asbestos, avs. 137 og 138.

¹⁹⁵ Howse og Tuerk (2001), side 303.

¹⁹⁶ Howse og Tuerk (2001), side 303.

¹⁹⁷ Howse og Tuerk (2001), side 304.

11 Avslutning

I denne oppgaven har jeg sett på innholdet i vilkårene om ”like products” og ”directly competitive or substitutable products”. Målet har vært å finne ut av hvordan disse skal tolkes.

Samlet sett er inntrykket at tvisteløsningsorganene tar utgangspunktet i de tradisjonelle tolkningsmomentene fysiske egenskaper, sluttbruk, forbrukerpreferanser og tariffklassifisering, og det er blitt større fokus på konkurranse og markedstilnærming i likhetsvurderingen. På bakgrunn av tvisteløsningsorganenes praksis kan man blant annet se en trend som har gått fra et universalt sluttbrukskonsept til et markedsorientert et, til nå også og omfatte potensiell eller fremtidig sluttbruk i likhetsanalysen.

Selv om man kan finne mange veiledende momenter for tolkningen av ”like products” og ”directly competitive or substitutable products” i tvisteløsningsorganenes praksis skal tvister løses ut ifra en sak-til-sak metode og alle relevante bevis skal tas med i vurderingen. I tillegg skal ”like products” tolkes forskjellig i de ulike bestemmelsene og praksis har til tider vært inkonsekvent. Eksempler på dette kan man se blant annet ved tvisteløsningsorganenes praksis rundt ”aim-and-effects”-testen og ved at de innførte helse som et moment i en markedstest. Dette skaper, for det første, uforutsigbarhet og innebærer, for det andre, at det er vanskelig å stadfeste et mer presist innhold i begrepene ”like products” og ”directly competitive or substitutable”.

12 Litteraturliste

Traktater

WTO	Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 15.april 1994 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf
GATT 1994	General Agreement on Tariffs and Trade 1994 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf
DSU	Understanding in Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf
GATS	General Agreement on Trade in Services http://wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade, trådte i kraft 1.januar 1948 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47.pdf http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf
Wien-kovensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23.mai 1969.

GATT/WTO-rapporter

(Alle rapporter er hentet fra www.worldtradelaw.net.)

Border Tax Adjustments	Working Party Report, <i>Border Tax Adjustments</i> , adopted 2 December 1970, BISD 18S/97.
Germany – Sardines	Treatment by Germany of Imports of Sardines , adopted 31 October 1952, BISD 1S/53
EEC- Animal Feed Proteins	GATT Panel Report, <i>EEC – Measures on Animal Feed Proteins</i> , L/4599, adopted 14 March 1978, BISD 25S/49
Spain – Coffee	GATT Panel Report, <i>Spain - Tariff Treatment of Unroasted Coffee</i> , 28S/102, 11 June 1981, L/5135
Japan – Alcoholic Beverages I	GATT Panel Report, <i>Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages</i> , L/6216, adopted 10 November 1987, BISD 34S/83
Japan – SPF Lumber	GATT Panel Report, <i>Canada/Japan: Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber</i> , L/6470, Adopted 19 July 1989, BISD 36S/167
US- Tuna I	GATT Panel Report, United States - Restrictions on Imports of Tuna, DS21/R, BISD 39S/155. Unadopted.
US – Malt Beverages	GATT Panel Report, <i>United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages</i> , DS23/R, adopted 19 June 1992, BISD 39S/206

US- Tuna II	GATT Panel Report, <i>United States - Restrictions on Imports of Tuna</i> , DS29/R. Unadopted.
US – Autotaxes	GATT Panel Report, <i>United States - Taxes on Automobiles</i> , DS31/R, Unadopted.
US- Gasoline	Appellate Body Report, <i>United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline</i> , WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3
Japan – Alcoholic Beverages II	Appellate Body Report, <i>Japan – Taxes on Alcoholic Beverages</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97 Panel Report, WT/DS8/R, WT/DS10/R, and WT/DS11/R.
Canada - Periodicals	Appellate Body Report, <i>Canada - Certain Measures Concerning Periodicals</i> , WT/DS31/AB/R, 30 July 1997, DSR 1997:I, 449.
EC – Bananas III	Appellate Body Report, <i>European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas</i> , WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, DSR 1997:II, 591

Korea – Alcoholic Beverages	<p>Appellate Body Report, <i>Korea – Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopted 17 February 1999, DSR 1999:I, 3</p> <p>Panel Report, <i>Korea – Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS75/R, WT/DS84/R.</p>
Chile –Alcoholic Beverages	<p>Appellate Body Report, <i>Chile – Taxes on Alcoholic Beverages</i>, adopted 12 January 2000, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, DSR 2000:I, 303</p> <p>Panel Report, <i>Chile – Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS87/R, WT/DS110/R.</p>
Canada - Autos	<p>Appellate Body Report, <i>Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry</i> WT/DS139/AB/R WT/DS142/AB/R, adopted 19 June 2000.</p> <p>Panel Report, <i>Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry</i>, WT/DS139/R, WT/DS142/R.</p>
EC-Asbestos	<p>Appellate Body Report, <i>European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products</i>, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, DSR 2001:VII, 3243</p>
EC – Sardines	<p>Appellate Body Report, <i>European Communities – Trade Description of Sardines</i>, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, DSR 2002:VIII, 3359</p>

Canada - Wheat Exports and Grain Imports	Appellate Body Report, <i>Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain</i> , WT/DS276/AB/R, adopted 27 September 2004, DSR 2004:VI, 2739
Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes	Appellate Body Report, <i>Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes</i> , WT/DS302/AB/R, adopted 19 May 2005
US – Stainless Steel	United States – Final Antidumping Measures on Stainless Steel From Mexico, WT/DS/344/AB/R.
Mexico – Soft Drinks	Appellate Body Report, <i>Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages</i> , WT/DS308/AB/R, DSR 2006:I, 43 Panel Report, <i>Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages</i> , WT/DS308/R,
Philippines – Taxes on Distilled Spirits	Appellate Body Report, <i>Philippines – Taxes on Distilled Spirits</i> , WT/DS396/AB/R

Juridisk Litteratur

- Choi, Won-Mog *"Like Products" in International Trade Law.*
New York, Oxford University Press, 2003.
- Fauchald, Ole Kristian *Environmental Taxes and Trade Discrimination ,*
International Environmental Law and Policy Series,
Kluwer Law International (1998)
- Horn, Henrik og
Weiler, Joseph H. H *EC-Asbestos European Communities – Measures*
Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products.
World Trade Review, vol. 3 (2004), side 129-151.
Hentet fra <http://journals.cambridge.org>
- Howse, Robert
og Tuerk, Elisabeth. *The WTO Impact on Internal Regulations – A*
Case study of the Canada - EC Asbestos Dispute.
I: The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issue.
Redigert av De Búrca, Gráinne og Scott, Joanne. Hart
Publishing, Oregon, 2001, s: 283 – 328.
- Hudec, Robert *GATT/WTO Constraints on National Regulation:*
Requiem for an "Aim and Effect" Test.
Hentet fra <http://www.worldtradelaw.net>
- Hudec, Robert *"Like Product": The Differences in Meaning*
in GATT Articles I and III".
Hentet fra www.worldtradelaw.net. Originalt publisert i:
Cottier, Thomas og Mavroidis, Petros, eds., *Regulatory*
Barriers and the Principle of Non-Discrimination in
World Trade Law, University of Michigan Press 2000,
side 101-123.

- Kysar, Douglas A. *Preferences for Process: The Process/Product Distinction and Regulations for Consumer Choice.*
Harvard Law Review, Vol.118, 2004. Side 525 – 642.
Hentet fra www.jstor.org.
- Matsushita, Mitsuo *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy.* [et.al]. 2.utg.
New York, Oxford University Press Inc., 2006
- Matheny, Richard L *In the Wake of the Flood: "Like Products" and Cultural Products after the World Trade Organization's Decision in "Canada Certain Measures concerning Periodicals".*
Publisert i: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 147, No. 1 (Nov., 1998), side 245-278.
Hentet fra www.jstor.org.
- Snelson, James H. *Can GATT Article III Recover From Its Head-On Collision With United States – Taxes on Automobiles?*
Minnesota Journal of Global Trade Vol 5 (1996), side 467 – 502. Hentet fra www.heinonline.org.
- Van Houtte, Hans. *The Law of International Trade.* 2.utg.
London, 2002
- World Trade Organization, Legal Affairs *A Handbook On The Legal Affairs Division.*
Cambridge University Press, 2004.

Stortingsproposisjon

St.prp.nr 65 (1993-94).

Om resultatet av Uruguay-runden (1986-93) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m.

Internettider

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/handelspolitikk/wto/kort-om-wto/wtos-grunnprinsipper-og-funksjoner.html?id=270596,](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/handelspolitikk/wto/kort-om-wto/wtos-grunnprinsipper-og-funksjoner.html?id=270596)

www.worldtradelaw.org

Undervisningsmateriale

Cho, Sungjoon. Powerpointpresentasjoner og klassebrev fra faget ”*International Trade*” ved Chicago Kent College of Law. Chicago, januar - mai 2011.

